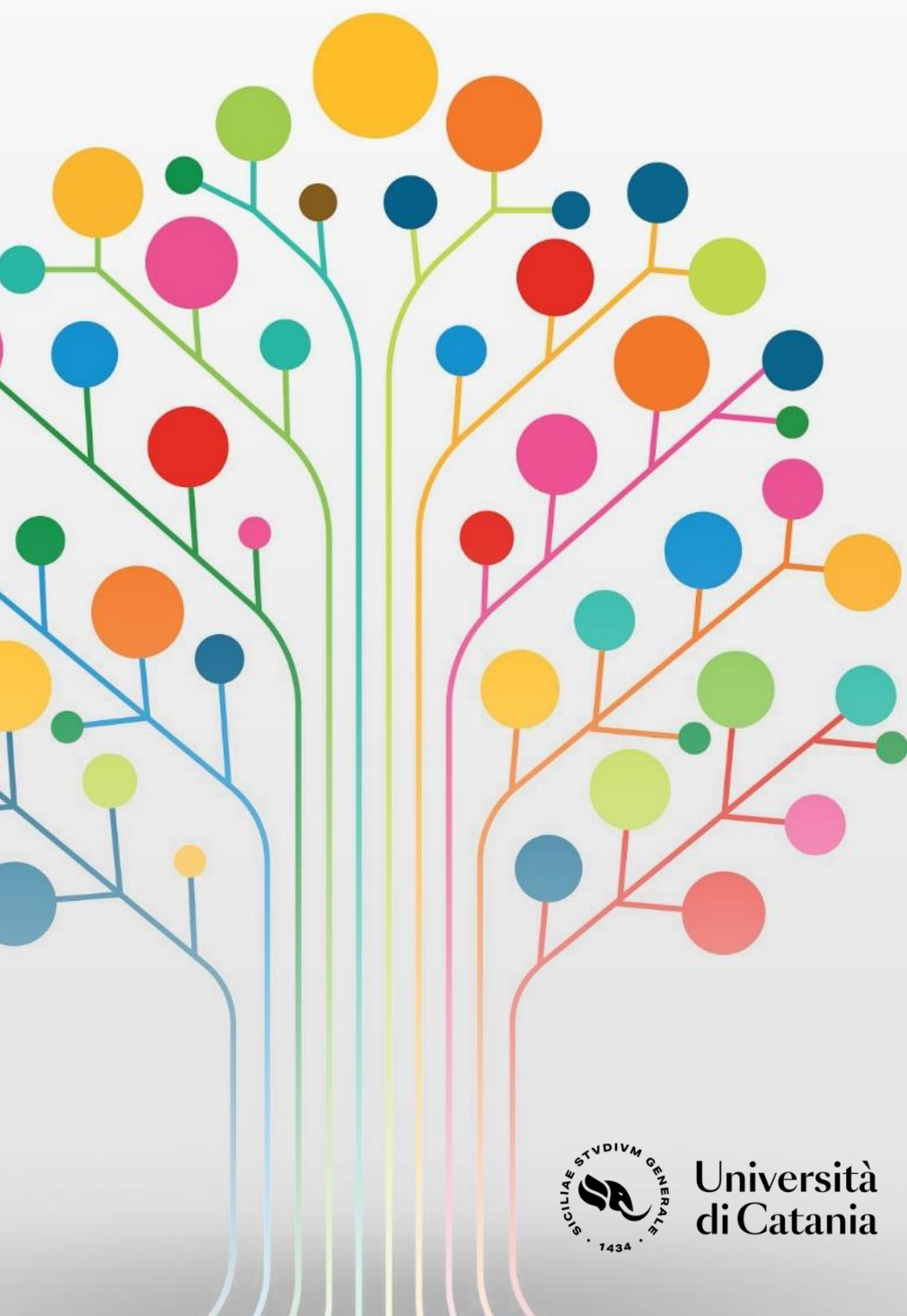


1/2005

20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

LUIGI MARIUCCI, Università di Bologna

ANDREA LASSANDARI, Università di Bologna

BRUNO CARUSO, Università di Catania

MICHELE TIRABOSCHI, Università di Modena e Reggio Emilia

GIUSEPPE FERRARO, Università di Napoli "Federico II"

VALERIA NUZZO, Seconda Università di Napoli

MASSIMO PALLINI, Università di Milano

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

VITO PINTO, Università di Bari

EDOARDO ALES, Università di Cassino

MACIEJ ZUKOWSKI, University of Economics in Poznan

THEODOROS SAKELLAROPOULOS, Panteion University of Social and Political Sciences - Athens

AJEET MATHUR, University of Tampere - Finland

STEFANO GIUBBONI, Università di Firenze

JESUS RUIZ-HUERTA CARBONELL, Universidad Complutense Madrid

JOSE M. DIAZ PULIDO, Universidad Complutense Madrid

LOTTA WESTEHALL, University of Goteborg - Svezia

LORENZO GAETA, Università di Siena

JÜRGEN KOHL, University of Heidelberg

TOBIAS VAHLPAHL, University of Heidelberg

MAURIZIO CINELLI, Università di Macerata

UMBERTO CARABELLI, Università di Bari

VITO LECCESE, Università di Bari

ANNA ALAIMO, Università di Catania

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

SOMMARIO

Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro Luigi Mariucci	1
La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale Andrea Lassandari	29
Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale Bruno Caruso	73
Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili? Michele Tiraboschi	94
Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso Giuseppe Ferraro	120
Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle <i>Information communication technology</i>? Valeria Nuzzo	135
Il lavoro a progetto: ritorno al ... futuro? Massimo Pallini	146
La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore Gabriella Nicosia	188
La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto Vito Pinto	212
La corretta definizione contenutistica del provvedimento di incarico quale condizione legittimante della valutazione della "prestazione dirigenziale" Edoardo Ales	268
Subsidiarity in old-age security in the enlarged European Union Maciej Zukowski	287
Social federalism, subsidiarity and open method of coordination Theodoros Sakellaropoulos	303
How small is beautiful and how large would be ugly? An inquiry into optimal community size, spatial demarcations and risks for sustainable local governance Ajeet Mathur	321

Social Rights under the European Constitution: Comparing Ideal-typical Models of European Federalism Stefano Giubboni	342
Decentralization of old-age benefits in Spain: lessons from other federal countries Jesus Ruiz-Huerta Carbonell - Jose M. Diaz Pulido	358
Legal Changes in the Nordic Social Security System during 1950–2000 in the Perspective of Subsidiarity and Solidarity – the Swedish Example Lotta Westehall	388
Sussidiarietà e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell’approccio “a più livelli” Lorenzo Gaeta	407
The ‘Open Method of Coordination’ as an Instrument for Implementing the Principle of Subsidiarity? Jürgen Kohl - Tobias Vahlpahl	419
Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale Maurizio Cinelli	438
Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di <i>favor</i> e di <i>non regresso</i> nelle direttive sociali Umberto Carabelli - Vito Leccese	458
Le agenzie per il lavoro: nuove regole e valutazioni di legittimità costituzionale Anna Alaimo	517
Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda Silvana Sciarra	549

Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*

Luigi Mariucci

1. L'errore strategico della recente legislazione sulla flessibilità del lavoro.	2
2. Dopo la flessibilità cosa? Gli orientamenti di fondo.	7
3. Ridurre la flessibilità. Come.	11
4. Regole della rappresentanza sindacale.	16
5. Concertazione e assetti istituzionali.	22
6. Conclusioni.	26

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 27/2005

1. L'errore strategico della recente legislazione sulla flessibilità del lavoro.

Massimo D'Antona scriveva già nel 1993, in relazione alle misure sulla flessibilità del lavoro previste dal protocollo del 23 luglio: "è un programma che ha il limite evidente di ripercorrere sentieri battuti. L'idea che quote aggiuntive di flessibilità nelle tipologie dei rapporti di lavoro possano produrre occupazione è palesemente obsoleta. Il mercato del lavoro è ormai in Italia flessibilizzato in misura più che adeguata alle esigenze effettive delle imprese e non vi sono margini ulteriori per creare convenienze alle assunzioni"¹. Dieci anni dopo invece sono entrati in vigore la legge delega n. 30 del 14 febbraio 2003 sulla "riforma del mercato lavoro" e il d. lgs. n. 276 del 10 settembre 2003, corretto dal successivo d. lgs. n. 251 del 6 ottobre 2004 e accompagnato da una miriade di decreti e circolari ministeriali. Si tratta di un materiale normativo imponente: il solo d. lgs. n. 276 del 2003 contiene 86 articoli, molti dei quali composti da decine di commi. In termini di semplificazione c'è di che rimpiangere i 41 articoli dello Statuto dei lavoratori del 1970 e le asciutte norme (artt. 2094-2134) del codice civile del 1942.

Questo complesso intervento legislativo si è fondato su un presupposto. Si supponeva che il mondo occidentale fosse alle soglie di una nuova crescita. La terapia, per l'Italia, era quindi conseguente: si trattava di favorire l'aggancio a quella crescita, in particolare liberalizzando il mercato del lavoro, nella doppia linea di ridurre le protezioni per i lavoratori occupati e di allargare a dismisura le forme flessibili di lavoro, sub specie di contratti c.d. atipici. L'intervento legislativo si è quindi realizzato attraverso la seguente sequenza: generalizzata liberalizzazione del collocamento, moltiplicazione delle figure flessibili di contratto di lavoro subordinato, dal part-time elasticizzato al lavoro a chiamata, dalla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato al lavoro occasionale, quindi flessibilizzazione del rapporto tra le fonti mediante un insieme di rinvii legislativi a una contrattazione collettiva indeterminata sotto il profilo della dimensione degli stessi contratti, da stipularsi da parte di "sindacati comparativamente più rappresentativi", essendo in genere considerati fungibili i diversi livelli, nazionali, territoriali e aziendali di contrattazione; misure di liberalizzazione dei trasferimenti di ramo d'azienda e delle diverse tecniche di esternalizzazione, con particolare riferimento agli appalti, infine flessibilizzazione della stessa fattispecie costitutiva del diritto del lavoro, il lavoro subordinato, attraverso l'introduzione della ambigua nozione di lavoro a progetto e delle insidiose procedure di c.d. certificazione².

Tale disegno era stato enunciato già dal "libro bianco del lavoro" pubblicato dal governo nell'ottobre 2001. Basti ricordare alcune formulazioni di quel documento: "continuare ad accrescere la flessibilità del mercato del lavoro", necessità del "passaggio da una politica dei redditi a una politica della competitività", "dalla concertazione al dialogo sociale", "rimodulazione delle tutele" sono le parole chiave³. Il successivo d.d.l. n. 848 presentato dal governo il 15 novembre 2001 dimostrava poi che il cuore di quel progetto riguardava essenzialmente due obiettivi: la flessibilizzazione del rapporto "tipico" di lavoro, per un verso, essendo evidente che l'insieme di deroghe proposte alla disciplina di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori comportava una sua

¹ D'ANTONA, *Il protocollo sul costo del lavoro e l'autunno freddo dell'occupazione*, RIDL, 1993, I, 411 ss.

² Cfr., anche per richiami, i saggi in *Mercato del lavoro. Alcune risposte a molti interrogativi*, LD, 2004, 7 ss.

³ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2001.

sostanziale e progressiva sterilizzazione⁴ e la destabilizzazione del sistema sindacale, per l'altro, attraverso la messa in mora delle pratiche di concertazione, considerate bloccanti e comunque disfunzionali, e la stessa esplicita teorizzazione dell'accordo "con chi ci sta", di cui è stata emblematica espressione il "patto per l'Italia" del 5 luglio 2002⁵. Entrambi gli obiettivi sono stati mancati.

Infatti il disegno di legge originario è stato poi scorporato in due parti. Una sezione di quel testo è entrata in vigore con la legge n. 30 e il d. lgs. n. 276 del 2003. Invece la seconda parte (d. d. l. n. 848 bis) relativa alle modifiche dell'art.18 e alla riforma degli ammortizzatori sociali giace ancora in Parlamento. Cosicché della disciplina dei licenziamenti, la cui riforma era invocata a gran voce come strumento essenziale per promuovere nuova occupazione, non si sono neppure modificate le parti che invece meritavano di esserlo, quali l'accelerazione delle procedure per le controversie giudiziarie. Nel corso di una recente audizione al Senato i rappresentanti della stessa Confindustria hanno dichiarato di non essere più interessati al tema. Si è ingaggiata quindi una vana battaglia, che tuttavia ha occupato la scena politica e sociale per circa due anni: un pomo della discordia alla resa dei conti inutile. Assieme alla invocata modifica dell'art.18 dello Statuto sono rimaste al palo le nuove norme sull'arbitrato e soprattutto sugli ammortizzatori sociali, per i quali non sono disponibili risorse, mentre proseguono imperterriti gli interventi straordinari sulle crisi aziendali anche mediante prepensionamenti ovvero mobilità c.d. lunga, sulla falsariga delle vecchie normative di cassa integrazione⁶. Quanto ai rapporti sindacali si è aperta una nuova fase descrivibile in termini di unità d'azione, comunque lontana dalle contrapposizioni verificatesi al tempo dell'effimero, quanto ridondante nel titolo, "patto per l'Italia", ed emblematicizzata dalla proclamazione di scioperi generali unitari contro il progetto di legge finanziaria per il 2005.

Il disegno qui descritto si è rivelato inefficace perché fondato su un presupposto errato. Non era vero infatti che all'inizio del nuovo millennio il mondo capitalistico-occidentale avesse di fronte a sé una nuova e lineare fase di crescita, nella prospettiva di una irenica e felice globalizzazione. Dopo l'attentato dell'11 settembre alle due torri, e gli interventi in Afghanistan e in Irak, il mondo si è avventurato invece in una micidiale spirale di guerra-terrorismo. Le economie occidentali sono entrate in una fase di depressione, alimentata anche da clamorosi scandali finanziari che hanno svelato i caratteri di una vera e propria "economia della truffa"⁷. In Italia poi si è avviata una tendenza generalmente definita dalle più diverse e autorevoli fonti in termini di perdita di competitività del sistema, basso tasso di innovazione tecnologica, caduta del potere d'acquisto delle retribuzioni e conseguente riduzione dei consumi, rinnovata crisi della finanza pubblica: nessuna delle analisi serie dei fattori del "declino italiano" indica nella rigidità dell'uso della forza lavoro la radice dei problemi, e nelle misure di flessibilizzazione del lavoro la terapia. Basta questo per concludere che è meglio concentrarsi sul modo in cui rettificare gli errori concettuali di fondo di quel disegno, piuttosto che occuparsi della modesta dimensione attuativa dei provvedimenti in oggetto.

⁴ ALLEVA, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA. Vv., *Lavoro: ritorno al passato*, Roma, 2002.

⁵ Cfr. *Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia*, *Interventi*, DRI, 2003, 3 ss.

⁶ Cfr., tra gli altri, gli accordi Fiat del dicembre 2002 e Alitalia dell'ottobre 2004.

⁷ GALBRAITH, *L'economia della truffa*, Milano, 2004.

Tuttavia si può osservare che quanto alla concreta attuazione della normativa, nonostante l'enfasi ministeriale⁸ i dati empirici risultano alquanto scarni: del lavoro a chiamata non si hanno tracce, se non per qualche clausola di contratti collettivi in settori marginali e per un decreto ministeriale il quale ha disposto che il lavoro intermittente possa essere svolto niente meno che per le attività discontinue di cui alla tabella allegata al regio decreto del 1923 sull'orario di lavoro; quanto alla somministrazione del lavoro a tempo indeterminato sembra si debba registrare un solo e isolato caso; sul piano dei soggetti legittimati alla intermediazione del lavoro si registra una situazione confusa, mentre nessun esito concreto ha avuto la scelta di individuare negli enti bilaterali "la sede privilegiata per la regolazione del mercato del lavoro" secondo la dizione di cui alla lett.h), art.2 d. lgs. n. 276/2003; modesto e ambiguo risulta l'effetto della trasformazione dei cococo (collaborazioni coordinate e continuative) in cocopro (lavori a progetto), tra cococo che rimangono sulla base delle ampie eccezioni previste dal d. lgs. n. 276, trasformazione dei cococo nella incerta e altrettanto precaria figura dei cocopro, trasformazione dei cococo in partite Iva e altre forme di aggiramento della legge; della certificazione dei contratti di lavoro non si hanno tracce concrete, salvo l'emanazione di decreti e circolari che incrementano il crescere geometrico della produzione cartacea, senza alcuna vera interlocuzione con i processi sociali concreti. Vi sarà tempo in ogni caso di procedere a una puntuale verifica da svolgersi con metodo empirico scevro da ogni pregiudiziale.

La debolezza del disegno legislativo in oggetto, al di là della esiguità del suo profilo attuativo, sta comunque in un punto di fondo. Quel disegno, come si è detto, in nessun modo ha interagito con i processi di crisi industriale e sociale verificatisi negli ultimi anni. La controprova viene da una sommaria osservazione dei più rilevanti conflitti sociali accaduti in questo periodo. Se si guarda alla crisi Fiat, al crack Cirio e Parmalat, alla crisi Alitalia, ai conflitti aperti in tutti i più rilevanti settori pubblici è facile rilevare che nessuno, in questi casi, ha indicato nella rigidità del lavoro e nella adozione di misure di flessibilizzazione la questione di fondo. Il problema è evidentemente un altro. Si prenda il caso Fiat: la flessibilità del lavoro in alcun modo è stata evocata come rimedio alla crisi strutturale di quella storica industria nazionale. Oppure il caso Alitalia: la crisi della compagnia di bandiera è stata affrontata con la stipulazione di un accordo di carattere concessivo, in ordine non solo alle procedure di riduzione di oltre 3000 unità di lavoro ma anche alla ridefinizione degli assetti retributivi e dei contenuti della prestazione di lavoro per i dipendenti la cui occupazione viene salvaguardata. Ma non risulta che sia stato impiegato nessuno degli strumenti previsti dal complesso armamentario della legge n. 30, salvo un marginale riferimento alle normative sul distacco. Che dire poi degli altri punti forti del conflitto sociale: lo sciopero degli autoferrotranviari di Milano che in violazione delle regole di legge ha bloccato quella città per una intera giornata, la lotta degli operai di Melfi, l'agitazione nel pubblico impiego, dalla sanità alla scuola. In conclusione: la legge n. 30 del 2003 non ha "parlato" con nessuno dei più significativi conflitti sociali degli ultimi anni. Basta questo a dire che si è trattato di una legge più che sbagliata "sfasata", la cui entrata in vigore è coincisa con una diffusa consapevolezza del suo essere fuori contesto.

⁸ Basti visitare il sito del ministero del welfare. Cfr. anche TIRABOSCHI, *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, GL, supplemento al n. 4/2003, 2003.; SACCONI – REBOANI – TIRABOSCHI, *La società attiva*, Venezia, 2004.

Per meglio spiegare l'affermazione si può fare un parallelo con l'entrata in vigore di un'altra legge, in un diverso periodo storico: lo Statuto dei lavoratori del 1970. Anche quella legge aveva alcuni punti deboli e fu sottoposta a una valutazione critica da parte della dottrina giuslavoristica: si parlò infatti di una "legge malfatta"⁹. Ma essa, nonostante i suoi limiti, aveva dalla sua parte una virtù: fu l'espressione autentica di una fase di evoluzione sociale e politica, comunicò con i conflitti sociali e con la politica di allora. Perciò, nonostante le sue "rughe"¹⁰ resta tutt'oggi attuale e consiste in un prodotto normativo duraturo. Al contrario la congerie di norme introdotte dalla legge n. 30 del 2003 e dai successivi provvedimenti attuativi sembra costruita sulla sabbia, in attesa di una piccola marea destinata a cancellarla.

La terapia si è rivelata dunque inefficace perché era sbagliata la diagnosi. Il problema dell'Italia non è quello di destabilizzare il sistema di garanzie del lavoro dipendente attraverso politiche di flessibilizzazione estrema dell'uso della forza-lavoro, inseguendo una tardiva e irrealistica imitazione del modello americano o affrontando la competizione globale sulla base di una impraticabile gara alla riduzione dei costi e delle tutele del lavoro¹¹. Al contrario: il paese deve puntare sulla qualificazione del suo tessuto produttivo e professionale. È lo stesso problema che ha l'Europa. Non ha caso il "libro bianco del lavoro" del 2001 invocava a sostegno della sua strategia una accezione di politiche del lavoro europeo del tutto parziale: leggendo quel testo sembrava che l'Europa ci chiedesse a gran voce l'abrogazione della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi, l'introduzione del part time elasticizzato, il lavoro a chiamata, la somministrazione di manodopera, la destrutturazione dell'intervento pubblico sul mercato del lavoro. Era una visione più che iper-liberista scolastica¹². Al contrario l'Europa chiede oggi a sé stessa, specie dopo l'allargamento¹³, un'altra cosa: un aggiornamento dei modelli di protezione sociale e di Welfare coerente con la sua tradizione. Questa del resto è l'unica via attraverso cui sia possibile pensare l'Europa come un soggetto della scena globale, capace di promuovere nuove regole della competizione, specie dopo le sfide costituite dall'allargamento della Unione europea e dalla firma della nuova Costituzione europea effettuata a Roma nell'ottobre 2004¹⁴.

Azzardo qui una valutazione, rischiosa come tutte le indicazioni "sul futuro", secondo quanto ha ricordato Giuliano Amato nel presentare una antologia postuma degli scritti di Federico Mancini¹⁵. L'epoca della ideologia della flessibilità, intesa come valore in sé, come criterio discrezionale, quasi fosse una dimensione necessaria del pensiero è in via di esaurimento. Va elaborato un nuovo orientamento il quale non può essere di segno nostalgico all'insegna di una sia pure involontaria *laudatio temporis acti*. A questo fine non basta una impostazione di tipo

⁹ GIUGNI, *I tecnici del diritto e la legge "malfatta"*, PD, 1970, 479.

¹⁰ G. F. Mancini, *Terroristi e riformisti*, Bologna, 1981, 149.

¹¹ Per essenziali rilievi critici a tale strategia si vedano GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Bari, 2000; STIGLIZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002; RIFKIN, *Il sogno europeo*, Milano, 2004.

¹² ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo*, LD, 2004, 43 ss.; BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, LD, 2003, 49 ss.

¹³ LETTIERI, *L'allargamento a Est e i destini incrociati dell'Europa*, DML, 2004.

¹⁴ Le migliori analisi della lunga fase preparatoria si ritrovano in LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999; M BARBERA, *Dopo Amsterdam*, Italia, 2000.

¹⁵ AMATO, *Presentazione*, in G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, 3.

semplicemente correttivo, come quella pure meritoriamente proposta da chi ha suggerito la formula di una flessibilità “mite” ovvero “temperata”¹⁶. Occorre qualcosa di più.

Una prima ipotesi è stata individuata nell’ambito di una cosiddetta “strategia dei diritti”. È questa l’impostazione che ha caratterizzato l’iniziativa della Cgil nei primi anni 2000. È sembrato in quel periodo che affermazioni quali “diritti del lavoro uguale diritti di libertà” ovvero “i diritti del lavoro sono la radice più profonda dei diritti di libertà” tornassero ad avere un senso comune, che fossero capaci di una efficace comunicazione sociale e politica, e che quindi il tema dei diritti del lavoro assumesse di nuovo un significato forte, orientativo delle politiche pubbliche. Che su quella base si potesse fondare perciò una nuova piattaforma di politica del diritto in cui al lavoro veniva restituito un rilievo essenziale. Non è stato così. Il lavoro è tornato nel silenzio e ha perso di nuovo la capacità di determinare l’agenda politica, nonostante il persistere e anzi il diffondersi di rilevanti conflitti sociali. Bisogna quindi prendere atto che i temi del lavoro non sono considerati dalla politica ufficiale come temi cardinali, ma solo accessori. Quella strategia si è rivelata quindi utile sul piano difensivo ma inefficace su quello propositivo, come ha rivelato la successiva e perdente iniziativa del referendum svolto nella primavera del 2003 sullo stesso art. 18 dello Statuto dei lavoratori, mirata alla estensione alle piccole imprese della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi e risultata sconfitta per mancato raggiungimento del quorum¹⁷.

C’è bisogno di una nuova elaborazione in ordine al significato e al valore dei diritti/doveri del lavoro subordinato nelle società contemporanee. Poiché di questo in effetti si tratta: del modo in cui la cultura e il pensiero giuridico-politico affrontano nel mondo di oggi la gigantesca espansione su scala globale del classico lavoro subordinato, con buona pace delle dissertazioni sull’esaurimento del criterio della subordinazione come discrimine giuridico tra le diverse forme di lavoro a favore di un lavoro c.d. “senza aggettivi”, ritagliato su una analisi riferita a un piccolo e privilegiato specchio di mondo, quello dei paesi occidentali. Non basta proclamare l’esistenza dei diritti umani, dei diritti fondamentali, dei diritti di cittadinanza e non-discriminazione dichiarati già ai tempi delle grandi rivoluzioni del ‘700¹⁸. Questo non basta in ogni caso al diritto del lavoro, il quale non può che vivere nella realtà. Non può essere una disciplina in cui si discetta di diritti tanto sacrosanti quanto astratti perchè sganciati da ogni verifica di effettività. È lungi da chi scrive l’idea che la proclamazione dei diritti consista in un esercizio retorico, e alla resa dei conti inutile. È ben chiaro infatti che anche la semplice acquisizione formale dei diritti consiste di per sé in un progresso della civiltà giuridica. Anche se i diritti proclamati sulla carta non sono realizzati è necessario che restino scritti, per mantenere viva la tensione tra diritti e realtà. In altri termini, il fatto che non tutti gli italiani abbiano un buon lavoro e non tutti gli americani siano effettivamente felici non comporta l’inutilità dell’art.4 della costituzione italiana o della norma della costituzione americana sul “diritto alla felicità”. Tra norma e fatti è bene infatti che sia mantenuta viva una dialettica, purchè si sia consapevoli della tensione contraddittoria tra i due termini, e non si confonda qualche buona sentenza delle corti internazionali, a partire da quelle della corte di giustizia europea, con la dimensione effettiva delle condizioni concrete di lavoro e di vita. Quei diritti si tratta

¹⁶ CARUSO, *Alla ricerca della “flessibilità mite”: il terzo pilastro delle politiche del lavoro*, DRL, 2000, 141 ss.

¹⁷ GHEZZI, *Fatti e misfatti: il diritto del lavoro nella “Repubblica dei referendum”*, RGL, 2003, I, 3.

¹⁸ M. BARBERA, *L’eguaglianza come spada e l’eguaglianza come scudo*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, a cura di CHIECO, Bari, 2004; CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell’impresa*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, cit.

infatti di inverarli nelle società di oggi, il che è tutt'altro paio di maniche. Ciò vale in particolare per il diritto del lavoro, il quale vive come disciplina proprio in ragione della necessaria e particolare interazione tra diritti individuali, poteri collettivi e norme imperative di legge. Infatti il diritto del lavoro più di altri rami del diritto è condannato alla concretezza. Essendo esposto sulla frontiera più avanzata dei rapporti tra economia, società e diritto, ad esso non tocca mai una condizione di stabilità e di equilibrio. In questo consiste la fragilità della materia, ma anche il suo fascino¹⁹.

2. Dopo la flessibilità cosa? Gli orientamenti di fondo.

È quindi aperto un grande interrogativo, anzitutto sul piano concettuale e teorico. Appunto, dopo la flessibilità cosa? La flessibilità ha ispirato con diversi accenti la legislazione lavoristica da trent'anni a questa parte. Si provi a fare un passo indietro. Immaginiamo di tornare agli anni '70. Era appena entrato in vigore lo statuto dei lavoratori, che nel suo intreccio tra garanzia dei diritti individuali e promozione dei diritti sindacali aveva cambiato radicalmente la struttura dei rapporti di lavoro e le relazioni sociali. Qualche anno dopo (nel 1975) fu sottoscritto un accordo sindacale dal significato epocale, l'accordo c. d. Lama - Agnelli sul "punto unico di contingenza". A quel tempo la struttura retributiva del lavoro dipendente era fatta così: ogni tre mesi l'Istat rilevava l'indice di incremento dei prezzi, e di seguito venivano automaticamente adeguate le retribuzioni di tutti i lavoratori dipendenti; gli scatti di contingenza si applicavano poi sugli istituti della retribuzione differita, quindi rivalutavano gli scatti di anzianità già maturati e l'indennità di anzianità che allora si conteggiava moltiplicando l'ultima retribuzione per ogni anno di lavoro; in alcuni settori esistevano persino scale c.d. anomale, che comportavano aumenti in percentuale della retribuzione determinando così, con i vari ricalcoli, incrementi reali di salari e stipendi. Quel mondo era sottoposto a forti contestazioni, ma visto oggi, a trent'anni di distanza, sembra il paese di Bengodi. Come si può descrivere altrimenti un assetto retributivo del lavoro dipendente che essendo fondato sulla indicizzazione di salari e stipendi impediva di scaricare sul lavoro produttivo i costi della inflazione? Questo era infatti esattamente il senso di quell'accordo, sottoscritto non da dilettanti ma dai più autorevoli rappresentanti del mondo del lavoro e dell'industria del tempo: un "patto tra produttori", diretto a mettere al riparo dall'inflazione la retribuzione del lavoro appunto produttivo. Quel sistema non poteva reggere: infatti a fronte di tassi di inflazione arrivati rapidamente a percentuali sudamericane si avviò una lunga fase di interventi legislativi mirati a ridurre le rigidità retributive: così prima furono sterilizzati gli effetti della contingenza sugli altri elementi retributivi, in particolare scorporando la scala mobile dal calcolo della indennità di anzianità, poi furono progressivamente eliminati, per via legislativa e contrattuale, i vari automatismi composti²⁰, infine si aggredì il nucleo di quel sistema ridimensionando e infine abolendo la stessa scala mobile: il tragitto di tali interventi va dal 1977 al 1992. Si trattò di una lunga "legislazione dell'emergenza", dato che il provvedimento conclusivo sul superamento della scala mobile, definitivamente sancito dal protocollo del 23 luglio 1993, fu adottato a ridosso di una fase drammatica, caratterizzata dal crollo della prima Repubblica e dalla presentazione dei suoi disastrosi conti finanziari: dal 1980 al 1992 il debito pubblico era cresciuto infatti di ben otto volte. Guardata a ritroso quella fase può quindi essere descritta in termini di un massiccio ricorso a interventi di

¹⁹ Cfr. le risposte di Ghezzi, Pera, Persiani, Suppiej, Giubboni, Novella, Torelli, Trojsi, Voza, in *Il diritto del lavoro oggi*, LD, 2000, 5 ss.

²⁰ ALLEVA, *Il tramonto degli automatismi salariali*, PD, 1982, 423 ss.

flessibilità sul punto cruciale del rapporto di lavoro: l'assetto retributivo. Cosicché oggi non c'è più la scala mobile, ma un sistema di adeguamento ex post delle retribuzioni al costo della vita, definito come "scala mobile carsica" e fondato sulla c.d. indennità di vacanza contrattuale, a seguito del quale specie dopo l'adozione dell'euro, che ha determinato una svalutazione di fatto della vecchia lira a fronte della nuova moneta particolarmente accentuato in Italia rispetto agli altri paesi europei, si è registrata una erosione di salari, stipendi e pensioni ben superiore alle cifre dichiarate ufficialmente dall'Istat. Con ciò si vuol dire che per ragionare seriamente di flessibilità del lavoro oggi occorre avere ben presenti gli strumenti di flessibilità già adottati in passato. Non si tratta evidentemente di restaurare quei meccanismi, ma di concettualizzare il fatto che non si può svolgere una riflessione sul futuro senza una adeguata metabolizzazione dell'esperienza passata.

Si può fare un altro esempio. Sempre nell'anno sopra richiamato, il 1975, si stipulò un altro accordo interconfederale sul salario garantito poi tradotto nella legge n. 164 del 1975 di riforma della Cassa integrazione guadagni. Anche quello fu un intervento di rilevanza cruciale. Lì si introdusse infatti una tutela molto rilevante, tramite garanzia salariale, per i lavoratori dell'industria occupati in aziende in crisi o in ristrutturazione. Quell'intervento contrattual-legislativo ha segnato un preciso indirizzo dell'intervento pubblico sul mercato del lavoro: la priorità era individuata anzitutto nella salvaguardia dei lavoratori già occupati a rischio di perdita del posto di lavoro. Da lì seguì poi una lunga serie di misure successive, tra cui spiccano le discipline sulla mobilità interaziendale introdotte dalla legge n. 675 del 1977, che chi scrive definì in termini di "licenziamenti impossibili" fino alla regolamentazione introdotta dalla legge n. 223 del 1991. La scelta nella sostanza era chiara: si trattava di una tutela forte (si può dire corporativa?) a favore di lavoratori già entrati nel mercato del lavoro, mentre nessuno strumento di promozione dell'impiego veniva assicurato a chi nel mercato doveva ancora entrare. A quel tempo infatti l'indennità di disoccupazione ammontava a una cifra esigua, per l'esattezza si trattava di 800 lire al giorno nel 1988²¹. Essa peraltro, pure essendo stata incrementata fino al 60% della retribuzione media precedente, è disposta tutt'oggi appunto a favore dei di-soccupati, cioè di chi ha perso un posto di lavoro e può quindi vantare una anzianità di lavoro, non di chi il lavoro non l'ha mai avuto, gli in-occupati. Per questi è stata introdotta una sola misura: il c.d. reddito di inserimento, delegato ai comuni, una misura che dal diritto al lavoro sconfina nella pura assistenza sociale essendo correlata alla individuazione di una "fascia di povertà", il cui parametro fu individuato nel 1998 nella cifra di 500.000 lire mensili²². Perciò, in parallelo, cominciarono a introdursi legislazioni orientate a flessibilizzare i meccanismi di accesso al mercato del lavoro: interventi di promozione della occupazione giovanile, contratti di formazione-lavoro, *part - time*²³, liberalizzazione dei contratti a termine, consentendo alla contrattazione collettiva di derogare all'elenco tassativo stabilito per legge, fino alla deroga parziale al divieto di interposizione nei rapporti di lavoro introdotto con il lavoro temporaneo o interinale dalla legge n. 196 del 1997²⁴, sono i passaggi di una lunga legislazione sulla flessibilità del lavoro. In questo senso il "libro bianco" del governo del 2001 e i

²¹ PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2002, 289.

²² GORRIERI, *Parti uguali fra diseguali*, Bologna, 2002.

²³ BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991.

²⁴ M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Commentario al Codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 2000.

successivi provvedimenti legislativi non inventano nulla di nuovo: estremizzano una tendenza, trasformandola in un archetipo, e facendo della flessibilizzazione la chiave di volta di una ampia ri-disciplina del diritto del lavoro²⁵. Gli interventi in oggetto fotografano la situazione data, quindi la istituzionalizzano, infine legittimandola perciò stesso la incentivano. Per questo è necessario disporre di una visione più ampia, capace di guardare oltre il presente e il futuro prossimo, per immaginare una diversa dimensione delle politiche del lavoro che vada al di là di una semplice azione di contrasto alle politiche in atto.

A quanto detto fin qui va aggiunto un ulteriore richiamo. Tra le molte cose che sono cambiate una, essenziale, riguarda l'identità e la funzione dello Stato. Lo Stato-nazione ancora in qualche misura isolato in sé stesso e che poteva guardare con sufficienza alle direttive comunitarie non esiste più²⁶. In particolare non esiste più un diritto del lavoro nazionale esclusivo²⁷. Basti dire che molti dei provvedimenti legislativi adottati in materia lavoristica in Italia da vari anni a questa parte sono stati disposti con decretazione legislativa in attuazione di direttive comunitarie (così in materia di trasferimenti di azienda, contratti a termine, lavoro a part time, orario di lavoro). Il futuro scenario della Unione Europea, tra allargamento e nuova Costituzione, indurrà altri e rilevanti cambiamenti, il cui esito concreto non è al momento decifrabile.

Ciononostante oggi molti segnali indicano che il pendolo del ciclo sociale accenna a muoversi ancora una volta in un'altra direzione. Tende a riaffermarsi il valore della stabilità dei rapporti di lavoro. Sembra una impresa impossibile. Come appariva impossibile l'iniziativa di quegli operai a cui l'iconografia attribuisce il primo atto diretto alla costituzione di un sindacato nell'epoca proto-capitalistica, i quali affissero di notte sulla porta di casa del loro padrone un minaccioso manifesto che recitava più o meno così: "mr. Johns se non dai una ghinea in più ai tuoi operai finirai all'inferno, come è vero che esiste Dio"²⁸. La citazione, un po' cruda, serve a dire che la storia non è finita, e che essa in qualche misura sta nelle nostre mani.

Per affrontare seriamente la questione occorre andare con ordine e provare a ragionare anzitutto in termini generali.

Se si guarda al tema del lavoro e dell'impresa nello scenario della competizione globale è sempre più evidente l'alternatività tra due diverse direzioni. La prima assume il mercato come regola dirimente. La seconda individua il punto di partenza nei diritti e nella dignità delle persone che lavorano. Nel primo caso competitività e flessibilità diventano valori in sé, il mercato è la variabile indipendente, e il resto, come l'intendenza, segue. Nel secondo caso i diritti delle persone che lavorano vengono prima, e il mercato è assunto come un vincolo di cui tenere conto. E' bene chiarire subito che questa seconda prospettiva non si muove in una dimensione utopica, ma realistica. Un compromesso e una mediazione alla fine comunque vanno stipulati, in relazione alle condizioni materiali. La differenza sta nel fatto che nel primo ordine di pensiero il negoziato si svolge inevitabilmente al ribasso, cedevolmente; nell'altro ordine di ragionamento l'esito del negoziato non è scontato, perché il conflitto può svolgersi in maniera aperta e quindi utile. Se si volesse dirlo con più enfasi si potrebbe affermare che secondo la prima via l'esito è comunque

²⁵ ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, RGL, 2003, I, 887 ss.

²⁶ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002.

²⁷ D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, RGL, 1998, I, 311.

²⁸ PELLING, *A History of British Trade Unionism*, London, 1976.

determinato, perché le ragioni della economia inevitabilmente prevarranno, mentre per l'altra via la partita resta in qualche misura da giocare poiché la politica mantiene una sua autonomia, di modo che l'evoluzione storica non risulta determinata a senso unico.

È utile chiarire che l'alternatività qui descritta non è una invenzione dell'oggi. Essa percorre la vicenda politica e sociale degli ultimi secoli, a partire da quello spartiacque costituito nella storia dell'occidente dalle grandi rivoluzioni del '700. Naturalmente cambiano le forme e le circostanze, ma in termini concettuali il problema in fondo è sempre lo stesso.

La principale variante della nostra epoca è costituita appunto dalla globalizzazione²⁹. La competizione diretta sui mercati globali fa apparire irrilevanti i contrasti che si possono frapporre in singoli sistemi locali o addirittura nazionali. La stessa dimensione europea appare inadeguata, e da qui trovano origine le tensioni che percorrono la revisione del modello sociale europeo. Ma, a ben vedere, anche in questo caso gioca più la crescita di scala della dimensione che la natura sostanziale del problema. Le possibilità di successo di una azione per la conquista dei diritti sociali sembrano maggiori nell'ambito di mercati chiusi, come poteva accadere agli inizi del '900 per le lotte bracciantili. Se i braccianti si rifiutavano di accudire le stalle gli agrari non erano certo in condizione di disporre tempestivamente misure alternative, se non quella di cercare "crumiri" da sostituire agli scioperanti. Essi avevano tuttavia altri strumenti di pressione, alquanto efficaci: la forza dell'apparato repressivo statale in primo luogo e poi soprattutto la fame delle famiglie contadine.

Ma c'è un altro esempio, che spesso propongo ai miei studenti, che meglio indica come nonostante il mutare delle forme la sostanza concettuale del problema resti in fondo la medesima. Nell'Inghilterra della prima rivoluzione industriale, nel 1833, fu approvata una delle prime leggi sul lavoro di cui si abbia memoria, il *Factory Act*. Questa legge disponeva la seguente limitazione dell'orario massimo di lavoro dei minori: "48 ore settimanali e 9 giornaliere, per i fanciulli fra i 9-13 anni; 69 ore settimanali e 12 giornaliere, per gli adolescenti tra i 13-18 anni". È bene chiedersi perché nel lontano 1833 inglese si fece una legge siffatta. La prima risposta che viene spontaneo dare è che in quel periodo evidentemente accadeva che normalmente i bambini di 9 anni lavorassero più di 9 ore al giorno e più di 48 ore settimanali. La seconda domanda allora è: ma come potevano essere talmente crudeli gli imprenditori di quel tempo da costringere i bambini a ritmi così massacranti di lavoro? La risposta è che non si trattava di crudeltà, ma di un problema di competitività e di costi. Infatti i bambini, oltre a percepire un salario minore, consentivano un notevole risparmio dei costi di produzione, specialmente nelle miniere, dove solo col lavoro dei piccoli si potevano usare per scavare il carbone cunicoli di dimensioni più ridotte. L'imprenditore che non avesse usato quelle misure sarebbe semplicemente fallito, perché soggetto alla concorrenza degli altri imprenditori: si trattava quindi, già allora, di una forma embrionale di globalizzazione. Non si prenda l'esempio come un richiamo *retrò*, ma per la sua valenza concettuale: se non si fissa un limite cogente e imperativo al mercato, il mercato e la competizione economica per loro natura travolgono ogni confine. Si pensi al lavoro degli schiavi, su cui si sono rette le

²⁹ Si vedano WEDDERBURN, *Common law, labour law, global law*, DLRI, 2002, 1.; HEPPLER, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, 2003, 27.; PERULLI., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999; SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, 2001.

magnificenze della civiltà greco-romana. Si dice che nella biblioteca di Alessandria, prima del suo incendio, fossero già contenute le intuizioni tecniche che quasi duemila anni dopo avrebbero portato alla rivoluzione industriale, a partire dalla scoperta della macchina a vapore. Poiché esisteva il lavoro degli schiavi quelle invenzioni non avevano però utilità pratica³⁰. Perciò alla fine bruciò la biblioteca di Alessandria. Tutto ciò non è poi tanto distante dall'oggi: che altro è il "contratto di soggiorno" previsto dalle leggi vigenti sulla immigrazione extracomunitaria se non una moderna forma di "contratto servile" in base al quale il datore di lavoro oltre al controllo sulla prestazione di lavoro assume quello di determinare il destino complessivo del dipendente, a partire dalla possibilità di abitare un certo territorio?³¹

Per ragionare sugli orientamenti di fondo in termini realistici occorre anzitutto una convincente tematizzazione.

Inutile dire qui delle trasformazioni del lavoro in senso sociologico. Si tratta di cose note e su cui è disponibile un'ampia pubblicistica. Sinteticamente i fenomeni prevalenti nei paesi c. d. occidentali sono costituiti dal (parziale) superamento del modello fordista di organizzazione del lavoro, dal suddividersi dell'impresa-madre in una molteplicità di attività esternalizzate, dal diffondersi di forme strutturalmente flessibili di impresa e di lavoro, dal crescere del lavoro atipico, nel modo sia di rapporti di lavoro tecnicamente subordinati ma di tipo precario (lavoro a termine, interinale, a part time, occasionale ecc.) sia di rapporti di lavoro di tipo semiautonomo o semisubordinato, oggi prevalentemente aggregati nella figura delle collaborazioni coordinate e continuative³².

Sul piano della valutazione sociologica ci si può limitare a una osservazione sintetica: il vero fenomeno caratteristico dell'epoca presente non è costituito dal declino della natura subordinata dei rapporti di lavoro, di cui molto si parla, quanto piuttosto dalla frammentazione, fino alla atomizzazione individualistica, dei mercati del lavoro nei paesi industriali maturi e nella moltiplicazione a scala geometrica delle forme subordinate di rapporto di lavoro alla dimensione globale. Gli orientamenti di fondo vanno quindi tradotti in una rigorosa selezione tematica, tenendo conto dell'assetto nazionale e degli scenari globali, come si proverà a fare qui di seguito.

3. Ridurre la flessibilità. Come.

Per ridurre gli eccessi delle politiche di flessibilizzazione del lavoro fin qui adottate occorre in primo luogo svolgere una operazione culturale, cominciando col dire agli imprenditori che con la precarietà e la riduzione del costo del lavoro non si raggiunge alcun risultato. Un importante dirigente della Confindustria, in un convegno tenuto a Venezia nell'ottobre 2004, ha citato i seguenti dati: Italia, costo del lavoro per ora 20 euro, Polonia 4 euro; prelievo fiscale sulle imprese: Italia 42%, Polonia 19%. È evidente che in questi termini non c'è gara possibile. Non resta che

³⁰ Si veda la suggestiva ricostruzione di RUFFOLO, *Quando l'Italia era una superpotenza*, Torino, 2004.

³¹ In argomento cfr. VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in CAPPELLETTI - GAETA L. (a cura di), *Diritto del lavoro*. Alterità, Napoli, 1998; GRAGNOLI, *Area soggettiva di applicazione e regime delle fonti*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Milano, 2003, 56; DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, cit.; CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, LD, 2003, 289.

³² Per tutti si vedano DE LUCA TAMAJO R., *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002; FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2002; PERULLI (A CURA DI), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004.

scommettere sul fatto che l'allargamento della Unione Europea determini reciprocità, favorendo l'innalzamento degli standard sociali nei paesi dell'Est. Non può essere infatti che la nuova Unione europea allargata si costituisca sul minimo comune denominatore più basso determinando una regressione così vistosa degli standard sociali.

Si tratta quindi di cambiare in primo luogo pedagogia³³. A questo fine sarebbe utile approvare una legge, ad articolo unico, che grosso modo recitasse così, sulla falsariga del vecchio e infelice-mente abrogato nel lontano 1962 art. 2097 c.c.: "il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo che...". Di seguito occorrerebbe procedere alla eliminazione degli strumenti più evidenti di una flessibilità ai limiti dell'arbitrio e peraltro scarsamente utilizzabili sul piano pratico. A questo fine è ragionevole usare il filtro della diffusa contrattazione collettiva già svolta, a partire da un rilevante insieme di contratti nazionali di categoria. Il lavoro a chiamata, detto altrimenti intermittente, il part time elasticizzato, il contratto a termine deregolato, la somministrazione di manodopera a tempo indeterminato, un contratto di lavoro a progetto mal costruito, la liberalizzazione indiscriminata e quindi disfunzionale del collocamento, le normative di sostegno ai processi più estremi di esternalizzazione produttiva (dal trasferimento di ramo di azienda all'appalto) vanno strutturalmente rivisitati. Poi occorre un intervento in positivo: il rafforzamento dei centri pubblici per l'impiego, gli incentivi alla emersione del lavoro sommerso e alla stabilizzazione dei rapporti di lavoro, la promozione di veri contratti formativi di accesso al lavoro, la riforma del processo del lavoro con particolare riferimento alle controversie in materia di licenziamenti sono alcuni dei titoli più importanti di un nuovo intervento. Ma occorre soprattutto un nuovo disegno strategico.

Il primo tema è quello della ridefinizione del campo di applicazione del diritto del lavoro. In questo consiste la concretezza dell'annoso dibattito sulla subordinazione che a differenza di quanto talora si afferma merita di essere continuato fino a cercare, se possibile, un punto di conclusione. Leggendo e rileggendo le varie formulazioni e proposte elaborate da almeno un ventennio a questa parte³⁴, chi scrive si è fatto la seguente opinione. Non occorre discettare di nuovi e improbabili "statuti dei lavori". Potrei dire, con Mario Napoli, che la formula a me "non piace". Il fatto è che l'espressione "statuto dei lavori" è in sé fuorviante perché allude a una diversificazione del mercato del lavoro simmetrica, e al tempo stesso rovesciata, rispetto alle antiche corporazioni "delle arti e dei mestieri", nel senso che queste ultime muovevano da una disciplina rigida della offerta di lavoro, regolando fino ai dettagli più minuti l'accesso alla professione, mentre le attuali politiche di flessibilità registrano, al contrario, le esigenze della domanda di lavoro e le ritrascrivono sui lavoratori. Anche D'Antona nell'aderire sia pure criticamente a tale impostazione avvertiva infatti che "ci sono dei rischi" nella "grande sfida" di "ripassare dal lavoratore ai lavori"³⁵. È

³³ ROMAGNOLI, *La concertazione sociale in Europa: luci e ombre*, LD, 2004; ID., *L'uomo flessibile e la metamorfosi del lavoro*, Bologna, 2004, 426 ss.; ID., *Radiografia di una riforma*, Bologna, 2004, 19.

³⁴ PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989; Ghezzi (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo unico*, Roma, 1996; *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Salerno, 22-23 maggio 1998, Milano, 1999; PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo I, Bari, 1999, 737 ss.

³⁵ D'ANTONA., *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in D'Antona, *Il lavoro delle riforme*, Roma, 2000, 297.

opinione di chi scrive che ora sugli improbabili vantaggi prevalgano i rischi. È quindi più corretta la formula “statuto dei lavoratori”. Questa espressione indica infatti che lo statuto del lavoro parte intanto da una dimensione soggettiva, e non di mercato³⁶. Si tratta poi di vedere naturalmente come la dimensione soggettiva delle persone coinvolte nel processo lavorativo si deve coordinare con le esigenze del mercato. L'essenziale è che si parta da un punto fermo: si discute dello “statuto del lavoro”, dei problemi di chi lavora per altri, vale a dire del lavoro subordinato/dipendente.

Questo è un punto cruciale. In proposito non sono convincenti le varie “carte dei diritti dei lavoratori” prodotte negli ambienti della opposizione nel corso della presente legislatura³⁷. Quei testi paiono tutti, in diverso modo, una sorta di libro dei sogni. Si tratta invece di ridefinire, più semplicemente, l'area del lavoro subordinato, sottraendo il concetto di subordinazione alla matrice fordista sancita dal vigente art. 2094 c. c., anche in ragione delle sue prevalenti interpretazioni, e di ridefinire il catalogo dei lavori subordinati c.d. atipici. A questo fine, come detto altrove, sarebbe utile una innovazione tanto semplice nella forma quanto efficace negli esiti: occorrerebbe eliminare dalla definizione del prestatore di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. l'inciso “sotto la direzione”. La norma risulterebbe riformulata così: “è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze dell'imprenditore”. Tale riformulazione dell'art. 2094 c.c. consentirebbe di realizzare un primo risultato: liberare i commentatori dalla inutile fatica di raccontare in infinite varianti quanto quella norma fosse disegnata su un archetipo di lavoro subordinato/industriale/fordista che non c'è più. Tesi evidentemente infondata, per la buona ragione che chi ha scritto quella norma con ogni probabilità non aveva letto i manuali di Taylor sulla divisione scientifica del lavoro né aveva visto il film di Chaplin sui “tempi moderni”. Essi avevano però capito una cosa: che il diritto del lavoro si fonda su un disequilibrio contrattuale che riguarda i modi della prestazione di lavoro nella società industriale. Quella intuizione è del tutto valida anche nella fase del c.d. post-industrialismo. Quanto all'area intermedia, sempre esistita, oggi identificata per lo più nelle collaborazioni coordinate e continuative, va svolta una operazione in realtà alquanto elementare: da quella categoria, cresciuta a dismisura essenzialmente in virtù di provvedimenti fiscali e previdenziali, a partire dalla istituzione di una gestione speciale presso l'Inps, occorre scorporare i rapporti di lavoro in effetti subordinati e classificati come autonomi solo in ragione di intenti fraudolenti (gli addetti ai call center, a imprese di pulizia, le commesse dei grandi magazzini, tanto per fare qualche esempio)³⁸ e introdurre tutele di welfare per quei rapporti di lavoro autonomo caratterizzati da particolare debolezza contrattuale³⁹. Non serve, anzi è del tutto fuorviante, introdurre nuove fattispecie contrattuali, come il lavoro a progetto, o immaginare generici e illusori statuti del c.d. lavoro “senza aggettivi” i quali inseguono, inconsapevolmente, la vecchia ideologia del “diritto comune del lavoro”. Il diritto del lavoro esiste come disciplina

³⁶ GRANDI, “Il lavoro non è una merce”: una formula da ricordare, LD, 1997, 557.

³⁷ Per le proposte formulate dalla CGIL cfr. AA. Vv., *La riforma del mercato del lavoro*, Roma, 2003, 125 ss.; per quelle dei partiti di opposizione cfr. *Lavoro Welfare, Verso il programma dell'Ulivo per il lavoro*, Milano, 2002, 127 ss.; per un commento cfr. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, RGL, 2003, I, 221 ss.

³⁸ PERSIANI - PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003, 9.

³⁹ ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2004, 29 ss.

autonoma in quanto esiste il lavoro subordinato. Quella che corre tra lavoro autonomo e subordinato "è una differenza reale, necessaria...non è possibile infatti che chi lavora per altri non lavori in modo autonomo o subordinato", diceva Barassi⁴⁰. "La distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è in rerum natura e concettualmente radicale; non può essere messa tra parentesi nemmeno per un tratto iniziale della riflessione sul «lavoro che cambia»", ha scritto Luigi Mengoni in una delle sue ultime, lucidissime pagine⁴¹. Queste affermazioni apparentemente schematiche sintetizzano una comprensione profonda delle dinamiche del lavoro nelle società capitalistiche, che non può essere ridotta a ciò che è stata definita la "ossessione della unitarietà"⁴² e meritano invece di essere ri-attualizzate, a dispetto dei nuovismi poco sorvegliati. Infatti è attraverso la valorizzazione del lavoro subordinato/dipendente che si sono definite le democrazie sociali di tipo europeo. Senza una identificabilità del lavoro subordinato/dipendente si smarrisce il senso stesso della fondazione sociale delle costituzioni. Ogni forma di lavoro diverrebbe uguale, in un mondo in cui, come diceva il filosofo, tutte le vacche sono grigie. Si determinerebbe una regressione, forse inconsapevole, al corporativismo secondo la formula dell'art. 2060 del codice civile: "il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali", diceva quella norma, non a caso seguita dalle disposizioni sulle ordinanze corporative, ed inserita nel libro V del codice del lavoro in cui appunto sono regolate tutte le forme di lavoro, da quello dell'imprenditore, definito come "il capo dell'impresa" da cui "dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori" (art. 2086 c. c.) al lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c. c., fino al lavoro autonomo e alla disciplina delle società di persone e di capitali. Questo era appunto il corporativismo: il lavoro "senza aggettivi" condito in salsa autoritaria.

Del tutto improprio appare quindi citare a sostegno di una definizione del campo di applicazione del diritto del lavoro a prescindere dalla subordinazione l'art. 35 della costituzione: quella norma non ha infatti alcun significato precettivo, ma solo descrittivo, come tutti i migliori commenti della Costituzione hanno evidenziato⁴³. L'art. 35 cost. è il riflesso sul tit. III relativo ai "rapporti economici" della dichiarazione retorico-programmatica per eccellenza, quella dell'art. 1. Ci mancherebbe che una Repubblica "fondata sul lavoro" non tutelasse il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni". Ma che significa questo in concreto? Quale tutela si può disporre per l'avvocato che non ha clienti, per il bottegaio scacciato dal mercato dal grande centro commerciale, per l'artigiano travolto dalla crisi della impresa committente, per il consulente legale sopraffatto dal megastudio professionale organizzato in termini neo-tayloristi? Al più si possono ipotizzare interventi di Welfare, ma non tutele nel rapporto di lavoro, perché nel lavoro autonomo, per quanto debole, non c'è una relazione intersoggettiva esclusiva o quanto meno prevalente su cui intervenire. Se invece accade che il lavoro c.d. autonomo consista in realtà nella quasi esclusiva dipendenza da un committente, è evidente che si è di fronte a un lavoro pseudo-autonomo, vale a dire a un lavoro dipendente nei termini sopra descritti. In ogni caso *tertium non datur*. Qui sta il confine del diritto del lavoro: su questo punto il diritto del lavoro si deve fermare, se non vuole diventare

⁴⁰ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Milano, 1915.

⁴¹ MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004, 115; NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni*, DLRI, 2002, 151.

⁴² MAZZOTTA, *Barassi, Goethe e la tipologia dei rapporti*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2003.

⁴³ TREU, in *Commentario della costituzione a cura di Branca*, Bologna-Roma, 1979.

una materia pigliatutto a cui tocchi il destino della rana di Esopo. Non a caso gli interventi relativi all'area dei c. d. lavori parasubordinati⁴⁴ sono fin qui consistiti nell'accesso al rito speciale del lavoro (cfr. art. 409 c. p. c.) e in provvedimenti di Welfare (del genere della estensione dei trattamenti di maternità alle lavoratrici autonome e parasubordinate⁴⁵), oltre che nelle modeste misure di tutela disposte dal d. lgs. n. 276 del 2003 per il c. d. lavoro a progetto. Così come, per altro verso, si sono introdotte misure di tutela del contraente più debole nei contratti di sub-fornitura di cui alla legge n. 192 del 1998 e interventi estensivi della cassa integrazione straordinaria alle imprese artigiane nelle ipotesi di c.d. influsso gestionale prevalente⁴⁶: ma queste sono appunto disposizioni di diritto commerciale, certo rilevanti per il diritto del lavoro, ma non norme giuslavoristiche.

Sul punto la costituzione vigente dice due cose chiare: la prima è che, nel concreto, il carattere sociale della Repubblica consiste anzitutto nel "rimuovere gli ostacoli di ordine economico che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese" (art. 3, comma 2°, cost.), direttiva come è noto tutt'altro che genericamente programmatico - retorica, ed anzi all'origine di molti e concreti interventi della Corte costituzionale, e che tutta la migliore dottrina riferisce al lavoro subordinato - dipendente⁴⁷. La seconda sta nella serie di precetti costituzionali univocamente destinati al lavoro subordinato-dipendente: dalle disposizioni relative alla retribuzione proporzionata e sufficiente, alla durata massima della giornata lavorativa, al riposo settimanale e alle ferie retribuite (art. 36), al divieto di discriminazioni retributive per le donne e i minori (art. 37), alla libertà sindacale e al diritto di sciopero (artt. 39 - 40).

Non si può quindi condividere la tesi di Ichino quando propone una relazione meccanicista tra tutele degli *insiders* e possibilità di accesso al mercato del lavoro degli *outsiders*⁴⁸ o quando suggerisce un rapporto in sostanza ancillare del diritto del lavoro verso l'economia⁴⁹, anche perché, come è noto, tra le stesse scienze economiche non esiste un pensiero unico, ma si confrontano varie tesi e linee di pensiero⁵⁰. Non è mai accaduto infatti che la riduzione delle tutele nei settori forti favorisse le condizioni dei lavoratori deboli. Ciò è dimostrato nella evoluzione del diritto del lavoro italiano per così dire in atti: basti ricordare che la generazione delle leggi a tutela della fasce marginali del mercato del lavoro adottate a cavallo degli anni 1958-62 (lavoro a domicilio, appalti di manodopera, lavoro a termine) e la stessa legge Vigorelli del 1959 furono emanate a seguito dei risultati di una inchiesta parlamentare sulle condizioni dei lavoratori che aveva dimostrato l'esistenza di vaste fasce di lavoro sommerso, sottosalariato e sottotutelato all'epoca in cui

⁴⁴ SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979; BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro subordinato*, LD, 1987, 41 ss.

⁴⁵ CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004.

⁴⁶ Cfr. art. 12 l. n. 223 del 1991.

⁴⁷ Si vedano, per tutti, MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, DL, 1954, I, 154; ROMAGNOLI, in *Commentario della costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna - Roma, 1975, 194; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, 12.

⁴⁸ ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.

⁴⁹ ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2004.

⁵⁰ DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, 3; DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, Torino, 2001, 20 ss.

si era ancora ben distanti dal primo intervento legislativo sui licenziamenti e quindi il lavoro era largamente flessibile nelle stesse aree forti del mercato. C'è solo un piano in cui gli argomenti sui dualismi inaccettabili del diritto del lavoro sono fondati, quello del rapporto tra impiego privato e pubblico impiego in cui al di là dei molteplici e persino ridondanti interventi legislativi⁵¹ risulta evidente una verità: il crescere delle distanze sostanziali, a partire dal regime di stabilità, come Sabino Cassese continua solitariamente a denunciare evocando la "doppia forbice" tra improprie forme di *spoils system* esercitate dal potere politico per le fasce professionali medio-alte ai diversi livelli istituzionali (dai ministeri a regioni, province e comuni) e sindacalizzazione dei livelli medio-bassi⁵², distanza peraltro accresciuta dalla esplicita sottrazione alla pubblica amministrazione dei dispositivi della legge n. 30 e del d. lgs. n. 276 del 2003⁵³. Così come non è condivisibile la tesi sostenuta da Marco Biagi quando dichiarava che una generalizzata liberalizzazione del mercato del lavoro avrebbe favorito la buona occupazione⁵⁴, tesi che, con critica succinta, sono state ritenute tali da "mettere radicalmente in discussione, in diversi punti oltre misura, i pilastri del corrente diritto del lavoro"⁵⁵. L'elaborazione più equilibrata da assumere a riferimento, sia pure segnata da qualche oscillazione opinabile, resta quella di Massimo D'Antona quando affermava che "una nozione indisponibile e al tempo stesso aperta della subordinazione va difesa con tutte le risorse teoriche in questa particolare fase storica".

Un autentico paradigma riformista nel diritto del lavoro è invece in fondo abbastanza semplice: esso consiste intanto e anzitutto in una radicale semplificazione delle normative. Va rilanciato quindi il risalente tema della elaborazione di un Testo unico anzi di un vero e proprio Codice del lavoro, anche al fine di rendere comprensibili normative ormai illeggibili e persino inspiegabili, come sa chiunque prova davvero a insegnare il diritto del lavoro agli studenti⁵⁶. L'asse centrale di quel nuovo testo va fissato attorno a un punto cardinale: la ridefinizione delle tutele dei lavoratori occupati e delle persone in cerca di occupazione. Si tratta in altri termini di rideterminare il rapporto tra tutele dei lavoratori già occupati e promozione dell'impiego attraverso politiche di Welfare attivo. Facile a dirsi, difficile a farsi, considerando la carenza di risorse pubbliche disponibili, come ha dimostrato l'incapacità anche nella presente legislatura di mettere mano a una organica riforma degli ammortizzatori sociali da tempo annunciata⁵⁷.

4. Regole della rappresentanza sindacale.

Ragionando sul futuro si pone poi in prima evidenza il tema della regolazione della

⁵¹ ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico, 1993-2003*, LPA, 2003, 751.

⁵² S. CASSESE, *La tenaglia del pubblico impiego*, in *Corriere della sera* del 23 novembre 2004.

⁵³ Borgogelli F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, LD, 2004, 69.

⁵⁴ BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, 2001, I, 257 ss.; BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2001.

⁵⁵ PERA, *Noterelle. Diario di un ventennio*, Milano, 2004.

⁵⁶ PEDRAZZOLI, *Codice dei lavori*, Milano, 1999; PEDRAZZOLI, *Logistica delle norme e conoscenza del diritto del lavoro*, LD, 2001, 599 ss.; *È conoscibile il diritto del lavoro?*, Interventi, LD, 2001, 541 ss.

⁵⁷ Cfr. *Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, Relazione finale*, Roma, 28 febbraio 1997; TREU, *Riforma o destrutturazione del welfare*, DLRI, 2002, 535; BALANDI - RENGÀ, *Presentazione di La protezione sociale del lavoro non-standard*, LD, 2003, 361 ss.

rappresentanza sindacale.

Per evitare il rischio di avvolgersi nei tornanti ripetitivi che da decenni su questo argomento ciclicamente si alternano e poi si risolvono in nulla, occorre seguire un percorso logico. Il primo passaggio consiste in una storicizzazione del tema, a partire dall'interrogarsi sulla sua attualità. Prima di rispondere a questa domanda occorre formularne un'altra, più di fondo, sulla modernità ovvero sulla utilità della stessa rappresentanza sindacale. La risposta non è scontata. Certo è che le rappresentanze di interessi non declinano, ma si moltiplicano. Di recente pare si siano costituite ben tre associazioni delle agenzie private di lavoro; fioriscono le improbabili associazioni dei consumatori; ogni micro-categoria dà vita a una propria rappresentanza. Una ricerca effettuata sulla base delle delibere della commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici ha stimato in 335 le sigle sindacali lì nominate⁵⁸. Tempo fa chi scrive fu colpito dalla targa apposta in un ufficio a Roma: associazione degli ex-dipendenti degli ex-enti pubblici disciolti. La fantasia associativa in Italia, che resta pur sempre il paese delle fazioni, non ha limiti. Infatti il ministro del lavoro in carica si vanta spesso che il c.d. "patto per l'Italia" sia stato sottoscritto da ben 39 associazioni, tranne una, la CGIL. Poco prima, del resto, nella stipulazione del c.d. "patto di Natale" furono coinvolte circa 40 associazioni. Il quesito vero non consiste dunque nel dilemma tra modernità o obsolescenza dei sindacati ma tra utilità democratica o declinazione corporativa dei sindacati. L'oggetto del discorso riguarda quindi non i sindacati in generale, ma una forma specifica di sindacato: il sindacato confederale. Solo guardando a questa forma di sindacato che, essendo appunto confederale, deve al suo interno cercare di produrre la sintesi tra i diversi interessi categoriali e professionali e la dimensione complessiva ha senso un discorso sulle regole sindacali e più in generale un ragionamento sulla attualità della forma-sindacato. Si tratta di immaginare qualcosa che abbia a che fare con l'antica formula del rapporto privilegiato tra *big labour*, *big business* e *big government*.

In questa chiave è utile proporre ancora un ragionamento sulle regole sindacali: nella prospettiva appunto di un accordo tra il *big labour*, cioè tra i sindacati confederali, e nella sua proiezione nell'intesa con il *big business*, cioè con le principali associazioni di impresa, e con il *big government*, espresso dal potere politico al suo massimo livello di responsabilità, cioè dal governo. Chi scrive appartiene a una generazione di giuslavoristi che ha cominciato a occuparsi di diritto del lavoro nella fase della attuazione dello Statuto dei lavoratori e quindi è cresciuta pensando che la seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione fosse un oggetto di archeologia giuridica, secondo la celebre lezione di Federico Mancini⁵⁹. Abbiamo scoperto poi che non era così, a ridosso di quell'avvenimento che segnò la conclusione anche formale di un ciclo della vicenda unitaria dei sindacati confederali, il famoso disaccordo di San Valentino del 1984. È da lì che è ricominciato un diffuso dibattito sulle regole sindacali⁶⁰.

Il bilancio di quella discussione è noto: si sono introdotti sistemi di regole laddove si è determinata la coincidenza tra l'interesse pubblico alla gestione efficiente dei servizi e l'interesse delle stesse maggiori organizzazioni sindacali a essere messe al riparo rispetto a meccanismi di frantumazione

⁵⁸ ACCORNERO - DELLA RATTÀ RINALDI, *La conflittualità nei servizi pubblici*, LD, 2004, 305.

⁵⁹ G. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, RTDPC, 1963, 520 ss.

⁶⁰ Cfr. *Le nuove regole sindacali. Interventi*, LD, 1987.

della rappresentanza, con le ovvie conseguenze in termini di conflittualità. Il riferimento va naturalmente alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e quindi alle regole sulla rappresentanza introdotte nel pubblico impiego⁶¹. Nel settore privato invece la questione è irrisolta, e ciò continua a determinare rilevanti problemi⁶². Basti fare riferimento al rinnovo non unitario, verificatosi nel 2003, della stessa parte normativa del contratto nazionale degli addetti all'industria metalmeccanica, che pur non essendo più il contratto - pilota dei tempi andati riguarda comunque un milione e mezzo di lavoratori e svariate migliaia di imprese⁶³. Qui si pone una questione rilevante più che in ordine ai trattamenti economici rispetto alla gestione complessiva del contratto, perché le parti di quel testo contrattuale che contengono clausole di carattere obbligatorio rinviano tutte, non a caso, a ulteriori iniziative e confronti: così accade in tema di inquadramento professionale, di revisione dei regimi di orario, di funzioni degli enti bilaterali. Ne consegue che in tal modo il contratto collettivo nazionale di lavoro è entrato nella sua stessa figura in una crisi di funzionalità.

Si lasci da parte al momento il fatto che anche il contratto nazionale di lavoro merita di essere rivisitato. Il fenomeno si può riprodurre a catena in termini diversi. Si è svolta una pratica, specie ma non solo in Emilia-Romagna, di accordi separati per così dire alla rovescia. Sono stati stipulati svariate centinaia di accordi aziendali in cui è scritta una clausola di ultra-attività del contratto nazionale del 1999⁶⁴. Qui si registra in un certo senso lo specchio della questione precedente. Ma c'è qualcosa di più. La legge n. 30/2003 e il successivo d. lgs. n. 276/2003 affollano una quantità impressionante di richiami alla contrattazione collettiva: rinvii meramente integrativi, derogatori, al contratto collettivo rispetto al quale la fonte suppletiva diventa il contratto individuale, alla contrattazione nazionale, ai contratti territoriali ecc.⁶⁵ È un processo che va sorvegliato, poichè è evidente il rischio di una attuazione disordinata in via contrattuale di quella legge, tale da incentivare il processo di destrutturazione del sistema delle relazioni di lavoro. Il problema è dunque attuale. Non consiste in un assillo formalistico dei giuristi. È invece un problema vero, che in Italia si pone in più rispetto agli altri paesi europei, dove vigono in genere regole chiare sulla efficacia dei contratti collettivi.

Se il problema è attuale e serio il metodo giusto con cui affrontarlo è quello di guardare anzitutto all'unità sindacale. Non si tratta di coltivare una visione mitica dell'unità sindacale né di pensare che quando i sindacati sono divisi tutto si debba fermare. Ma empiricamente occorre registrare che in questo paese si sono fatti significativi progressi sul piano sociale, ovvero si sono contenuti sviluppi pericolosi emersi in determinate fasi quando c'è stata l'unità sindacale. Basti ricordare

⁶¹ PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, 1999; SANTONI, *Lo sciopero*, Napoli, 2001.

⁶² GHEZZI, *Modificare l'art. 39 della Costituzione*, PD, 1985, 219 ss., ora in GHEZZI, *Dinamiche sociali, riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, Torino, 1996, 129 ss.; GHEZZI, *Dopo l'XI legislatura: la rappresentatività sindacale tra iniziativa legislativa e referendum*, LD, 1994, 351 ss., ora in GHEZZI, *Dinamiche sociali, riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, cit.; RUSCIANO M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003; TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo*, Torino, 1996; NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997; Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998; CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie e effetti*, Milano, 2000; MONACO, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Milano, 2004; ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale*, LD, 2003, 185; SCARPONI, *Gli enti bilaterali nel disegno di riforma*, LD, 2003, 223; *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale*, LD, 2003.

⁶³ Per un utile survey cfr. DAMIANO - PESSA, *Metalmeccanici*, Roma, 2000.

⁶⁴ MARIUCCI, *Le c. d. pre-intese contrattuali*, RGL, 2004, I, 115 ss.

⁶⁵ Si veda la classificazione di F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, *Introduzione*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004.

alcuni di questi passaggi: lo Statuto dei lavoratori del 1970; la politica sindacale nella seconda metà degli anni '70, che fu emergenza economica e finanziaria ma anche politica (erano gli "anni di piombo"); gli accordi del 1993 mirati all'ingresso nell'Euro.

Empiricamente l'unità sindacale ha quindi un valore se non di principio quanto meno funzionale, tanto più che la divisione o la competizione tra i sindacati rischia di avere effetti autodistruttivi in un sistema politico di tipo bipolare. Oggi siamo arrivati a una unità "di resistenza" su vari temi, a fronte di un grave indebolimento del ruolo sindacale sulla scena politica. Per questo l'unità sindacale e la stessa competizione tra le organizzazioni hanno bisogno di un sistema di regole. Siamo così al secondo passaggio.

L'affermazione secondo cui c'è bisogno di un sistema di regole contiene già in sé l'indicazione che ha senso ragionare in questa direzione solo guardando all'obiettivo prima evocato. Occorre quindi pensare a un meccanismo che serva a processi di unità sindacale nelle varie forme possibili, a partire dalla unità d'azione su singoli obiettivi fino a percorsi di composizione delle differenze e delle contraddizioni tra i sindacati. Bisogna quindi guardare all'unità sindacale come a una forma del pluralismo, e non in una prospettiva organicistica.

Da qui il terzo passaggio: se la questione delle regole sindacali è attuale e va affrontata con l'atteggiamento metodologico appena descritto, è evidente che lo strumento prioritario da auspicarsi è quello dell'accordo intersindacale. Da questa ipotesi si partì infatti, non a caso, dopo la rottura del 1984 nel discutere di nuove regole sindacali⁶⁶. La scansione successiva è quindi la legge, esattamente come è accaduto per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e per la contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Naturalmente non si evoca una legge invasiva, ma lo stesso schema a suo tempo impiegato per l'intervento legislativo in materia appunto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. In quell'occasione vi fu un lavoro delle tre confederazioni, si costituì una commissione che istruì la materia, e quel lavoro consentì poi di approdare a un risultato. Si può pensare insomma a un accordo fra i sindacati, propedeutico a un intervento di legge, al di là della forma che esso può assumere: un accordo intersindacale vero e proprio o più semplicemente l'intesa su alcuni punti di sostanza.

Sul piano degli strumenti occorre quindi concepire un intervento legislativo leggero, mentre il dettaglio regolamentare può essere svolto dalla autoregolamentazione sindacale e dalla stessa contrattazione collettiva. Tale intervento deve affrontare il problema della misurazione della rappresentatività, non solo per le organizzazioni dei lavoratori ma anche per quelle dei datori di lavoro. La concertazione in Italia è andata in crisi per tanti motivi ma c'è anche una spiegazione, per così dire, antropologica. Non si può fare una seria concertazione con circa quaranta sigle associative. Sta qui, nella moltiplicazione dei soggetti che partecipano al tavolo della concertazione, come si è detto sopra, una radice della crisi funzionale di quel meccanismo che poi è sboccata in una vera e propria crisi strutturale. Il che riguarda sia i sindacati dei lavoratori che le associazioni di imprese. Si pone quindi un problema anche in ordine alla verifica della rappresentatività delle associazioni imprenditoriali. Basti ricordare che l'accordo interconfederale sui contratti di reinserimento dell'11 febbraio 2004 è stato sottoscritto da quattro confederazioni dei sindacati dei lavoratori (CGIL, CISL, UIL, UGL) e da ben 22 associazioni di rappresentanza delle imprese.

⁶⁶ Cfr. *Le nuove regole sindacali. Interventi*, cit.

Occorre quindi, anzitutto, una misurazione della rappresentatività. Nel settore privato non è necessario esercitarsi in particolari invenzioni. Il criterio è scritto nell'articolo 39 della Costituzione: è il criterio associativo. È arrivato il momento di pensare a una legislazione di sostegno all'organizzazione sindacale anche nel senso di restituire valore al fenomeno associativo. Per fortuna ci si iscrive ancora a un sindacato non solo per sbrigare una pratica pensionistica, o fare la dichiarazione dei redditi, o beneficiare di altri servizi, ma anche per motivazioni ideali. Il processo associativo, nella sua forma autentica, va favorito.

Va poi affrontato il tema dell'efficacia del contratto collettivo. È stato certo un errore non avere colto l'occasione offerta dal protocollo del luglio 1993, dove esso diceva, sul punto relativo alle regole in materia di rappresentanze sindacali aziendali unitarie: "le parti auspicano un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori, nonché alla eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi. Il Governo si impegna ad emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia erga omnes nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende" (lett. f dell'art.2 del protocollo). Si era allora a ridosso del referendum sull'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori. In quella occasione chi scrive ebbe a dire che i sindacati non avrebbero dovuto commettere un peccato di superbia, alla luce di quanto era accaduto tra gli anni ottanta e novanta. Ricordiamolo: dieci anni prima si proclamava l'estinzione della stessa forma sindacale. "Fine dei sindacati" dicevano innumerevoli titoli di autori prestigiosi. E invece negli anni '90 si è consumata la fine dei partiti della prima Repubblica, mentre le confederazioni sindacali erano lì con il governo a tenere in piedi il paese. Come i partiti, che sembravano così forti negli anni '80, si sono poi rivelati dei giganti con i piedi di argilla, allora bisognava stare attenti che questa cosa non succedesse poi ai sindacati, una volta che il sistema politico si fosse riorganizzato⁶⁷. Rispetto all'efficacia generale del contratto collettivo occorre infine definire uno strumento risolutivo sul piano della certezza giuridica. Non si può eludere la questione del rapporto tra dimensione associativa della rappresentanza e dimensione generale degli interessi coinvolti. Sta qui tutto il dilemma della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione. Si deve applicare un principio democratico, di maggioranza, tenendo conto tuttavia che qui non è in gioco un'arena politica dove tutti sono uguali in quanto cittadini, cui si applica la regola di "una testa, un voto", ma un'arena di interessi. E nel campo degli interessi non può valere allo stesso modo il criterio maggioritario, come insegnano i classici⁶⁸. Si tratta di stabilire un rapporto tra dimensione degli interessi coinvolti nella rappresentanza e dimensione generale. Perciò non si può ignorare il problema del rapporto fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, e delle loro reciproche relazioni. Ciò andrebbe fatto non stabilendo la necessità di un mandato referendario dal basso come criterio di legittimazione costante dell'azione sindacale dal momento della costruzione delle piattaforme al momento della stipulazione dell'accordo. È più sensato prevedere che un ricorso sobrio a meccanismi di democrazia diretta sia utile proprio per fare funzionare meglio la democrazia rappresentativa. Con una formula si può dire così: ricorso al referendum come *extrema ratio*.

⁶⁷ MARIUCCI, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pisa, 26-27 maggio 1995, Milano, 1996.

⁶⁸ WEBER, *Economia e società*, Milano, 1981; BOBBIO, *Rappresentanza e interessi*, in *Rappresentanza e interessi*, a cura di PASQUINI, Bari, 1988.

Naturalmente occorre poi distinguere tra contratto nazionale, contratto aziendale, contratto territoriale. Ma qui basti indicare il concetto di fondo. Si tratta di immaginare un referendum inteso come ultima istanza, di cui però si conoscono prima la procedura e gli effetti. Ad esempio: se si sa che una certa ipotesi di accordo non può ottenere la maggioranza dei consensi, non è che intanto si prende quello che c'è e poi si va avanti: non si prende niente, quell'accordo non c'è più, e bisogna farne un altro. In altre parole, non può funzionare il gioco del "più uno". Non va dato spazio a quelle forme di opportunismo sindacale che circolano in alcuni paesi europei, dove esistono sindacati, come ad esempio in Francia, che non firmano quasi mai i contratti, perché comunque questi si applicano a tutti; così ci si permette di dirne male, dato che intanto essi vengono di fatto applicati.

Da questo punto di vista il ricorso eventuale alla democrazia diretta diventa un deterrente rispetto a forme di utilizzo dei meccanismi della democrazia rappresentativa poco efficaci o addirittura opportunistici. Anche perché l'esperienza dice che non è vero che i referendum debbano essere sempre una sorta di giudizio di Dio contro coloro che più si sono esposti nel negoziato. La casistica è assai varia. Naturalmente molto dipende da come si costruisce il referendum. Si può pensare a un meccanismo che attribuisca efficacia generale ai contratti stipulati dai sindacati rappresentativi secondo certe quote e misure, fatto salvo l'esercizio del dissenso da parte di uno o più sindacati rappresentativi, il quale determina la messa in mora di quell'accordo e la possibilità di un ricorso al referendum come strumento eccezionale.

Infine si pone il tema della rappresentanza sindacale in azienda. Qui non si dovrebbe mutuare il sistema in vigore nel pubblico impiego: sono mondi diversi. Sulla rappresentanza sindacale aziendale esiste un lascito negativo del referendum del 1995. Da quel momento in Italia vige un sistema secondo il quale è la stipula del contratto collettivo che dà diritto a istituire la rappresentanza. Da qui conseguono una serie di rilevanti problemi, il principale dei quali è costituito dal fatto che in tale modo si è messo nelle mani dei datori di lavoro l'esercizio dei diritti sindacali. Le pronunce fin qui effettuate dalla Corte costituzionale non appaiono esaustive del problema⁶⁹. Da ciò, a parte le questioni di principio, in sé significative, derivano una serie di rilevanti problemi pratici. Ad esempio, i sindacati che hanno stipulato il rinnovo del contratto nazionale di lavoro dei metalmeccanici del 2003, relativo a parte economica e normativa, non sottoscritto dalla Fiom-Cgil, si sono preoccupati di non trarre le drastiche conseguenze che l'applicazione letterale di quel disposto avrebbe determinato, vale a dire l'esclusione della Fiom-Cgil dai diritti sindacali in quanto non stipulante del contratto nazionale di categoria. Infatti nella dichiarazione in premessa all'accordo del 7 maggio 2003 è scritto che "le parti stipulanti il presente contratto collettivo ...conven-gono che di tutti i diritti e istituti... saranno destinatari altresì i sindacati stipulanti ...l'accordo per la costituzione delle r.s.u.". La formula vale a dire che la Fiom-Cgil pur non avendo sottoscritto il rinnovo del contratto nazionale di lavoro nella sua stessa parte normativa resta tuttavia inclusa nella fruizione dei diritti sindacali, per volontà dei soggetti stipulanti⁷⁰.

Da ultimo non si possono ignorare i rischi di destrutturazione e atomizzazione della rappresentanza sindacale. Va quindi considerata necessaria una rivisitazione dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori nella prospettiva fin qui delineata, e non in quella di un utilizzo meccanico di quella

⁶⁹ BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, 2004, 122ss.

⁷⁰ LASSANDARI, *Considerazioni a margine della "firma separata" del ccnl per i lavoratori metalmeccanici*, RGL, 2003, I, 709 ss.

sede come luogo in cui misurare la rappresentatività dei soggetti sindacali.

5. Concertazione e assetti istituzionali.

I giuslavoristi si sono accorti finalmente che la modifica degli assetti istituzionali ha a che fare con l'oggetto della loro disciplina⁷¹. Chi scrive fece a suo tempo un richiamo con "l'ambizione di suscitare un dibattito", come ebbe la cortesia di ricordare D'Antona⁷². Poi si sono diffusi i commenti sulle competenze concorrenti tra regioni e Stato in materia di "tutela e sicurezza del lavoro" introdotti nell'art.117 della costituzione dalla riforma costituzionale n. 3 del 2001⁷³. Oltre alla interpretazione dei testi vigenti va tuttavia elaborato un pensiero, il quale deve muovere da una riflessione critica di fondo sugli assetti istituzionali di questo paese. Solo in questa chiave ha senso ragionare sul significato e sulla praticabilità della concertazione nella prospettiva futura.

Per porre su basi attendibili il ragionamento bisogna anzitutto osservare che tra concertazione e unità sindacale corre un rapporto coesenziale. In tema vale più la verifica storica che le tante possibili teorizzazioni. I patti triangolari veri si sono stipulati solo con l'unità sindacale. La divisione sindacale ha invece fatto da detonatore alle crisi della concertazione, dal disaccordo di San Valentino del 1984 al patto per l'Italia del 2002⁷⁴. L'unità sindacale, nei termini almeno di una convergenza delle maggiori confederazioni sulle scelte fondamentali, è dunque necessaria alla concertazione. Essa, come sopra ricordato, non è necessaria in sé, se esiste un sistema di regole. La divisione sindacale risulta devastante rispetto allo stesso sistema delle relazioni contrattuali se si svolge nella assenza di regole condivise.

Per altro verso si pone il tema dei rapporti tra sistema sindacale e sistema politico⁷⁵. Qui il punto cruciale consiste in una razionalizzazione, ancora del tutto incompiuta, del rapporto tra sistemi politici maggioritari, fondati sulla logica dell'alternanza, e politiche della concertazione, ovvero tra sistema politico di tipo bipolare e sistema sindacale. È evidente che questo passaggio costituisce per il sindacato un radicale rovesciamento di scenario: una cosa infatti è svolgere politiche di concertazione in un quadro di regole condivise, e persino di pratiche consociative a livello politico, tutt'altra cosa è muoversi in una situazione di forte contrapposizione tra maggioranza di governo e opposizione, così acuta da investire lo stesso quadro istituzionale, vale a dire le regole del gioco, come le cronache della anomalia italiana ogni giorno raccontano. Il tema andrebbe analizzato a fondo.

Basti qui segnalare appena uno spunto. Uno dei risultati paradossali della conversione in senso maggioritario del sistema politico italiano, i cui esiti vanno ben oltre la classica eterogenesi dei fini dei propositi riformatori, consiste in una del tutto atipica affermazione della c.d. autonomia della politica. Ciò che veniva teorizzato quando esistevano veri partiti di massa a radicamento ideal-ideologico, appunto la "autonomia del politico", a quel tempo non si è in realtà mai realizzato, perché in concreto prevalevano pratiche di concertazione sociale e persino di consociazione

⁷¹ Cfr. *Federalismo e diritti del lavoro*, Interventi, LD, 2001, 401 ss.

⁷² D'ANTONA, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, cit.; ID., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, cit.

⁷³ Per tutti v. F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, ADL, 2003, 1.

⁷⁴ Per una ricostruzione puntuale v. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione*, Bari, 1999; VENEZIANI, *Concertazione e occupazione: un dialogo interrotto?*, LD, 2004. Per altri interventi cfr. *Concertazione e unità sindacale*, LD, 2004, 267 ss.

⁷⁵ B. G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003.

politica. L'autonomia della politica si afferma invece nell'epoca del maggioritario, quando il leader dello schieramento vincente afferma, giustamente dal suo punto di vista, di sentirsi legato al patto direttamente stipulato con gli elettori e non alla mediazione con i corpi intermedi ovvero con le associazioni di rappresentanza degli interessi. L'errore, nel caso, sta nel fatto di assumere che quel "patto con gli elettori" riguardi le stesse regole costituzionali, secondo una visione semplificata e persino brutale della democrazia, che in questa accezione si risolverebbe *tout court* nel principio di maggioranza. Tanto è vero che la stessa maggioranza di governo in carica promuove l'approvazione, appunto a maggioranza, di una nuova riforma costituzionale, rendendo così recidivo l'errore compiuto nella precedente legislatura dalla diversa maggioranza di governo, quella volta di centrosinistra, che improvvidamente approvò, con un risicato numero di voti, la legge cost. n. 3 del 2001 di riforma del tit. V della parte seconda della costituzione. Riforma appunto improvvida, sbagliata nel metodo e nel merito che ha alimentato la più acuta conflittualità tra diversi livelli istituzionali (Stato, regioni, province e comuni) che si sia mai conosciuta nella storia della Repubblica, per ragioni altrove descritte. La maggioranza di governo in carica insiste nell'errore, proponendo una ulteriore riforma della costituzione, relativa non solo alla ripartizione di competenze tra Stato, regioni e enti locali (forma di Stato), ma anche alle questioni relative alla forma di governo⁷⁶.

Qualcosa dunque nel meccanismo democratico si sta alterando nel profondo. Infatti la democrazia non consiste, come insegnano i classici, nella attuazione del puro e semplice principio di maggioranza. Il principio di maggioranza va anzitutto temperato con i diritti della minoranza a partire da quello, essenziale, di riuscire a diventare un giorno maggioranza, e con l'insieme dei diritti sociali, e quindi con l'interlocuzione con quei soggetti che l'art.2 della costituzione chiama "formazioni intermedie"⁷⁷. Tuttavia, dal punto di vista delle pure e semplici politiche di governo il ragionamento è coerente. È evidente che in questo nuovo contesto i vecchi ragionamenti sulla autonomia sindacale intesa come pura e semplice autonomia dai partiti sono del tutto spiazzati e che va quindi elaborata una nuova visione dei rapporti tra sistema politico e sistema sindacale. Al riguardo c'è stata una colpevole mancanza di riflessione dei sindacati. Proprio quando si consumava la crisi della prima Repubblica, con il crollo dei partiti, e si realizzava l'avvento dei sistemi maggioritari sul piano elettorale sotto la spinta dei referendum del 1991 e del 1993 i sindacati svolgevano una classica funzione di supplenza politica, con l'accordo del 23 luglio 1993. Si può dire che in quel momento le maggiori confederazioni hanno svolto una funzione politica sostanziale e di grande rilievo costituzionale. Il loro errore è stato poi quello di non riuscire a tradurre quell'esperienza in un sistema di regole consolidate, come sopra osservato.

Oggi siamo molto distanti dai vecchi dibattiti sul neo-corporativismo, relativi alla necessità o meno per la concertazione di governi c.d. amici, ovvero *pro-labour*⁷⁸. Le cose ora sono più semplici, e persino alquanto rozze. È evidente che l'esistenza di un governo "amico" della concertazione aiuta, anche se esso non può qualificarsi *tout court* come *pro-labour*, ma purchè sia almeno predisposto alla concertazione come metodo. Mentre sicuramente non favorisce le pratiche di concertazione un governo che dichiara in partenza l'obsolescenza della stessa concertazione, come si

⁷⁶ Cfr. *Costituzione. Una riforma sbagliata*, a cura di F. BASSANINI, Firenze, 2004.

⁷⁷ Utili in argomento sono le osservazioni sui limiti della costituzione americana di DAHL, *Quanto è democratica la costituzione americana?*, Roma - Bari, 2001.

⁷⁸ Per questa risalente letteratura si veda per tutti, MARAFFI (a cura di), *La società neocorporativa*, Bologna, 1981.

è fatto nel “libro bianco del lavoro” dell’ottobre 2001, dove si afferma essere “del tutto evidente l’impossibilità del modello concertativo degli anni novanta di affrontare la nuova dimensione dei problemi economici e sociali”, si sancisce quindi la fine delle politiche di concertazione a favore delle politiche di c.d. competitività, e infine si dichiara la rinuncia del governo ad occuparsi della regolazione della rappresentatività sindacale e l’intenzione, in sostanza, di fare l’accordo con chi ci sta, come poi è avvenuto con il c.d. “patto per l’Italia”⁷⁹. Non c’è quindi una relazione univoca ma complessa tra sistema politico bipolare e concertazione⁸⁰. La concertazione si può fare anche in un assetto politico bipolare, se c’è accordo sulle regole di fondo, se si condivide una idea complessa della democrazia, se c’è chiara distinzione dei ruoli. Qui si sconta la mancata metabolizzazione del passaggio in Italia dal sistema proporzionale al sistema maggioritario, come la più generale sottovalutazione dei temi relativi alla c.d. forma di Stato, generalmente riassunti nella formula indifferenziata della “riforma federalista dello Stato”.

Essenziale alla concertazione è comunque una disponibilità di fondo e reciproca tra le parti sociali, al di là dei motivi di conflitto specifici e occasionali: se la parte imprenditoriale ritiene di privilegiare il rapporto diretto con un governo considerato “amico” (*pro-capital* invece che *pro-labour*) con metodi non a caso giudicati neo-collaterali (si pensi al noto Manifesto di Parma della Confindustria del 2001 che fu una premessa persino testuale del programma del governo di centrodestra) il gioco è finito in partenza⁸¹. Se non si attiva, al fondo, un rapporto autentico, se non una vera e propria alleanza, tra “produttori”, tra chi lavora nelle imprese e chi conduce le imprese la concertazione è morta in partenza, per così dire *in apicibus*.

La concertazione funziona se c’è una selezione degli attori e se è motivata da precise priorità economico - sociali. Ha bisogno in sostanza di una missione, di un compito, non di una ideologia. Per lunghi anni tale missione fu costituita dalla necessità di superare il meccanismo della scala mobile e il sistema multiplo degli automatismi salariali, nell’ambito delle politiche anti-inflattive. Si può dire che la vecchia scala mobile ha finanziato generosamente la concertazione: basti ricordare la sequenza che dalla seconda metà degli anni ’70 (con la legislazione della emergenza e lo smantellamento degli automatismi c.d. composti) porta all’inizio degli anni ’90 con il superamento definitivo della scala mobile e l’accordo del luglio 1993, come sopra ricordato. Il protocollo del 23 luglio 1993 si spiega così: dopo il crollo del sistema dei partiti, dopo la legge finanziaria lacrime-sangue del governo presieduto da Giuliano Amato del 1992 si pone l’obiettivo di riportare sotto controllo il deficit, risanare i conti pubblici e riuscire a realizzare i parametri per l’ingresso nell’Euro. Se non si fosse raggiunto questo risultato l’Italia non sarebbe oggi il paese con i gravi problemi che conosciamo, ma qualcosa di peggio, una specie di Argentina nel cuore dell’Europa. È necessario ora un nuovo obiettivo. Il problema sta nel come definirlo.

Occorrerebbe in primo luogo individuare un sistema di valori condiviso anzitutto dalle parti sociali: una visione equilibrata della competizione, che non può essere fondata sulla flessibilità del lavoro come valore in sé, ma semmai sulla qualità del lavoro, su una nuova politica dei redditi, che esclude l’utilità del rivendicazionismo salariale⁸² ma anche la pura e semplice subordinazione della condizione e dei redditi di lavoro alle esigenze immediate di impresa. In questo senso la

⁷⁹ Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia, cit.

⁸⁰ TREU, *Riforma o destrutturazione del Welfare*, cit.

⁸¹ GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003; Mania - Sateriale, *Relazioni pericolose*, Bologna, 2002.

⁸² ALES, *Paradigmi giuridici dell’offerta di lavoro e moderazione rivendicativa nell’esperienza sindacale italiana*, DLRI, 2002, 181.

legge n. 30 del 2003 e il successivo d. lgs. n. 276 del 2003 appaiono del tutto fuori fase, come sopra detto. I fatti hanno dimostrato che c'è invece bisogno dell'esatto contrario: rilanciare le politiche di concertazione e coesione sociale, rivalorizzare il senso e il significato del lavoro, anzitutto garantendo a chi si cimenta nel lavoro nel settore privato, e quindi soprattutto ai giovani, una prospettiva di vita e di sicurezza, e poi sviluppando efficaci politiche di integrazione della nuova forza lavoro extracomunitaria, di cui questo paese ha un bisogno vitale. Sono quindi in gioco oggi politiche di stabilizzazione e valorizzazione del lavoro, esattamente agli antipodi della filosofia che ha animato le leggi in commento. L'obiettivo, la missione di una "nuova concertazione" potrebbe essere quindi individuato nel rilancio della funzione produttiva, del valore produttivo del lavoro e dell'impresa.

La concertazione è utile se fatta bene, alle condizioni sopra descritte. Altrimenti è meglio lasciare campo libero alla competizione liberista. Che altro è infatti il superamento della concertazione se non l'affermazione della logica neo-liberista? Ogni attore sociale muove la sua azione, conflittuale e negoziale, e alla fine si vedrà l'esito. Se ciò accade c'è da dubitare che dal libero incrociarsi delle rivendicazioni e dei conflitti sociali possa scaturire nelle condizioni oggi date un esito, per così dire, progressivo. Appare più probabile lo scatenarsi di corporativismi incontrollati. Già le nuove forme di terzizzazione del conflitto la dicono lunga. Non sono più solo gli addetti ai servizi pubblici che usano il loro potere di condizionamento verso gli utenti-cittadini (gli autoferrotranvieri, i controllori di volo, i macchinisti delle ferrovie ecc.). Sono gli operai che per farsi sentire terzizzano il loro conflitto, colpendo gli utenti (così gli operai di Termini Imerese bloccano l'aeroporto di Palermo e l'autostrada, gli operai dell'Ilva di Terni la stazione, quelli di Melfi il flusso delle merci, i forestali della Calabria i trasporti nord-sud ecc.). Le intuizioni di Accornero degli anni '80 sulla "terzizzazione del conflitto" sono andate, per così dire, *ultra vires*⁸³. Se non si trova un altro modo di governare il conflitto l'esito più probabile è quello di una atomizzazione del conflitto sociale come premessa, in parallelo alla crescente frantumazione istituzionale del paese, di un esito plebiscitario della lunga transizione italiana.

Una volta affermato che la concertazione è ancora utile si tratta di ragionare sulla sua concreta praticabilità. Ammesso che tutte le premesse sopra descritte siano soddisfatte, si possono indicare i temi su cui una "nuova concertazione" ovvero una "nuova politica dei redditi" dovrebbe cimentarsi. Occorrerebbe intanto definire alcuni argomenti di impegno per così dire unilaterale dei tre soggetti della concertazione. Per il governo: politica delle tariffe, dei prezzi, di sostegno a una politica economica e industriale fondata su ricerca/innovazione, sulla valorizzazione, qualificazione e stabilizzazione del lavoro. Per le imprese: rinuncia ad affrontare la competitività sul versante della riduzione dei diritti e del costo del lavoro e accettazione della sfida a misurarsi con la competitività sul piano della qualità dei prodotti e del lavoro. Per i sindacati: scelta decisa a favore di un impegno sulla competizione di qualità, rinuncia a divisioni entropiche e stipulazione di un nuovo "patto federativo" relativo a un sistema coerente di regole sindacali. Di questi enunciati andrebbero poi declinati i dettagli, in tema di nuovi schemi della concertazione possibile, anzitutto per quanto riguarda la selezione degli attori, le regole endo-sindacali in termini di procedimenti decisionali, le regole pattizie in materia di sistema contrattuale e di conflitto, e infine le essenziali regole legislative in ordine alla efficacia giuridica dei contratti collettivi di lavoro.

⁸³ ACCORNERO, *Conflitto "terziario" e terzi*, DLRI, 1985, 17 ss.

6. Conclusioni.

In conclusione qualcosa va detto in ordine alla vitalità ovvero alla “crisi” del diritto del lavoro ciclicamente evocata. Sul punto chi scrive è vaccinato. Quando ero impegnato nella mia prima monografia mi imbattei in una serie imponente di definizioni del diritto del lavoro, alcune di segno catastrofista, del tipo appunto “crisi” o addirittura “morte” del diritto del lavoro. Per venirne a capo decisi di raccogliere quelle definizioni in una introduzione⁸⁴. Da allora mi sono convinto che il diritto del lavoro è una strana materia che assomiglia all'Araba fenice, capace di rinascere quando se ne dichiara la fine e di declinare quando se ne celebra il trionfo, e ho deciso di non prendere mai più sul serio il tema della “crisi” del diritto del lavoro.

I cambiamenti in corso sono tuttavia davvero molto consistenti. Qui più che la dottrina conta l'osservazione di ciò che accade nella realtà, che si fa descrivere meglio per aneddoti che per astratte formulazioni.

Mi ha molto colpito, di recente, una breve ma efficace analisi formulata da un ex operaio, ora in pensione, che si diletta di fotografia. Dice questa persona: “una volta in fabbrica si producevano meccanismi di solidarietà; si lavorava assieme, con lo stesso contratto, i più anziani insegnavano ai giovani, si formava un collettivo. Anche a quel tempo c'erano i più bravi e i meno capaci: c'erano operai che avevano dei numeri, non avevano potuto frequentare le scuole, ma potevano insegnare agli altri; molti di questi sono diventati capi-officina e poi a loro volta hanno messo su imprese artigiane; i meno capaci venivano protetti. Ora non è più così: nella stessa impresa convivono contratti e posizioni di lavoro diverse: l'impresa è esternalizzata, c'è gente che va e viene e non si forma più un collettivo. I più anziani non hanno niente da insegnare ai giovani, perché magari i giovani sanno usare il computer e gli anziani no”. Questo racconto, riferito alla condizione di lavoro di una media impresa emiliana dice molto, quasi tutto, delle trasformazioni del lavoro. Ciò che declina non è la subordinazione, il vecchio lavoro subordinato/dipendente, che invece fiorisce come non mai. Ciò che declina, e tende addirittura a dissolversi è invece l'identità collettiva del lavoro. Il lavoro subordinato non è minoritario. È disperso, frantumato, privo della possibilità di autoriconoscersi come soggetto collettivo⁸⁵.

In queste condizioni anche nella legge n. 30 e nel d. lgs.n. 276 del 2003 si possono riscontrare alcune normative utili, come l'idea della costituzione di una borsa nazionale del lavoro a cui ogni interessato può rivolgersi per cercare occasioni di lavoro, ammesso che sia possibile tutelare la *privacy* (86). In questi provvedimenti non tutto è da abrogare. Molto invece è da rivisitare.

In ogni caso avanzano vertiginosi processi di cambiamento economico-sociale. Sulle pagine dell'inserito “corriere del Veneto” del Corriere della Sera si legge che nel Veneto si svolgono forme diffuse di delocalizzazione e di intra-localizzazione: una importante impresa di elettrodomestici mette in cassa integrazione 700 dipendenti perché ha deciso di avviare uno stabilimento di produzione in Cina; nell'area tessile del trevigiano sono state chiuse una serie di aziende dell'indotto (stirerie, camicerie ecc.) sostituite da nuove società con nomi fantasiosi, che occupano nelle stesse mansioni lavoratrici cinesi, cosicché le operaie italiane licenziate hanno organizzato una protesta, dicendo “noi lavoravamo a contratto otto ore al giorno, quelle lavorano anche la notte

⁸⁴ MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Milano, 1979, Introduzione, 11ss.

⁸⁵ Si vedano le preveggenti osservazioni di VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985.

⁸⁶ Cfr. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, 154 ss.

a sottosalario". Sembra di rileggere le pagine delle lotte bracciantili di inizio '900 quando i braccianti in sciopero nelle campagne padane affrontavano i "crumiri" portati sui camion dalle zone depresse del polesine, ed erano ancora più poveri e disperati degli scioperanti. I dirigenti della Confindustria lanciano appelli allarmati affermando che l'Euro pesante comporta un aggravio di circa il 50% nella competizione persino per le produzioni di lusso del made in Italy. Commentatori economici autorevoli affermano che l'Italia è ferma, non si innova, non si fa ricerca, gli imprenditori si dedicano ad operazioni finanziarie e non ad investimenti produttivi. Per non dire di ciò che accade sul versante istituzionale: una politica rissosa, impegnata esclusivamente nella ricerca dei consensi elettorali nel breve periodo e non nella costruzione di progetti per il futuro, un assetto istituzionale disordinato, conflittuale, caotico.

L'impressione è infine che qualcosa di molto concreto sia avvenuto nel mondo nel lavoro, piuttosto lontano dalle eleganti dissertazioni dei giuristi sui lavori senza aggettivi, sui cerchi concentrici e così via. Qualcosa che assomiglia più alla dissolvenza che all'idea razionale di un altro assetto, che pure fin qui anche chi scrive si è sforzato di perseguire. Verrebbe da dire, con il Faust gheotiano: "Ahimè, ho studiato a fondo e con ardente zelo, filosofia e giurisprudenza e medicina e, purtroppo, anche teologia. Eccomi qua, e ne so quanto prima". Se si aggiungesse alla desolata affermazione di Faust l'inciso "e ahimè anche diritto del lavoro" il richiamo risulterebbe perfetto.

Tuttavia accade talora di accorgersi, spesso involontariamente, che il diritto del lavoro resta un modo utile di guardare al grande e anche al piccolo mondo reale, che esso è davvero una finestra sulla realtà. Così di recente mi è accaduto, passeggiando sulle Zattere a Venezia, di assistere al seguente episodio. Pure essendo poco dopo l'alba c'era un grande fervore di lavori, specialmente attorno ai rifornimenti di un grande magazzino. Poiché stavo preparando mentalmente una lezione sulla somministrazione di manodopera e sui processi di esternalizzazione ho guardato con gli occhi del diritto del lavoro ciò che mi circondava. La mia prima valutazione è stata: qui ci sono decine di persone che lavorano sul serio. C'è chi ha portato il camion sulla chiatta attraccata al molo, chi trasborda le merci dalla chiatta al magazzino, chi sistema le merci negli scaffali. Non sono neppure le sette della mattina, eppure il lavoro ferve. Dunque innanzi tutto il lavoro c'è. Avrò perso la sua identità, la sua forza sociale e politica, eppure ancora esiste. Dopo una breve digressione mentale sul tema delle eventuali maggiorazioni retributive per quelle ore di lavoro svolte in orario così mattutino, risolta negativamente dato il fatto che la notte era passata, e quindi non erano più in gioco indennità di lavoro notturno, tranne un dubbio per gli addetti ai trasporti che evidentemente avevano lavorato di notte, mi sono interrogato sulla quantità di unità produttive ovvero contrattuali entro cui si aggregavano i lavori che vedevo svolgersi. Ho dedotto che sicuramente c'era un contratto di trasporto, poi un contratto di facchinaggio e probabilmente di fornitura, quindi un contratto della grande distribuzione commerciale. Mentre mi accingevo a proseguire nella mia meditazione sulla lezione da svolgere, mi si è parato di fronte uno strano avvenimento. Si è verificato un alterco tra una addetta al grande magazzino e un operatore ecologico che stava svolgendo il suo lavoro di raccolta dei rifiuti. Quest'ultimo si rifiuta di raccogliere i sacchetti di spazzatura aperti e dal contenuto disperso, perché sostiene che le sue mansioni consistono nel raccogliere i sacchetti chiusi, mentre la raccolta della spazzatura disseminata spetta ad altri. La commessa afferma che non sta a lei raccogliere quella spazzatura, perché lei chiude la sera i sacchetti, li dispone all'esterno e non è colpa sua se di notte arrivano –sostiene– gli "zingari" che aprono i sacchetti e ne disperdono il contenuto. Perciò apostrofa duramente l'interlocutore, chiamandolo tuttavia operatore ecologico e non con il più popolare e obsoleto

termine di “spazzino”. Il colloquio-alterco si svolge in stretto veneziano, ed è concluso dalla irata conclusione dell'operatore ecologico che, andandosene con il suo carretto, afferma “la ghe chiami i carabinieri”. Guarda caso stava da lì passando una pattuglia di poliziotti, anzi di operatori della sicurezza., a cui subito si rivolge la commessa, sempre in stretto veneziano. Gli operatori della sicurezza, essendo meridionali, per prima cosa dicono: “parli italiano”. Dopodichè, udita la questione, dichiarano che il problema non li riguarda, avendo chiesto tuttavia alla commessa se era sicura che i sacchetti della spazzatura venissero aperti dagli zingari, domanda alla quale la commessa ha risposto decisa, questa volta ancora in veneziano, “la ghe son sicura, sì”. Mentre mi allontanavo ho riflettuto sulla quantità di questioni di diritto del lavoro affollate nell'episodio a cui avevo appena assistito. Intanto, un problema di mansioni. A chi tocca la raccolta dei rifiuti dispersi? La commessa ha ragione: quel compito non sta certo nel contenuto della sua obbligazione di lavoro. Ha ragione però anche l'operatore ecologico, se è vero che a lui compete la raccolta dei sacchetti chiusi, mentre ad altri spetta quella dei rifiuti dispersi. È escluso inoltre un compito degli operatori della sicurezza, tranne la questione del controllo degli “zingari”, peraltro improbabile, dato che a Venezia di zingari non se ne vedono molti, mentre circolano non pochi drop-out, di età variabile. Ma questa è la vecchia *job property*, l'applicazione pignola del mansionario tipica dell'antico sindacalismo anglosassone, mi sono detto. Come andrà a finire la storia, dato il fatto che non può essere tollerato più di tanto, per l'immagine dell'esercizio, l'esistenza di rifiuti dispersi di fronte al grande magazzino. Riassumendo: gli operatori della sicurezza non c'entrano, se non per gli eventuali controlli notturni sugli “zingari”; l'operatore ecologico si attiene al suo mansionario, e difficilmente potrà essere indotto ad ampliarlo, né tanto meno sanzionato per il rifiuto di flessibilizzare i suoi compiti, dato che si tratta di un dipendente formalmente privato ma occupato in quel regime semi-pubblico degli addetti alle ex aziende municipalizzate, ora trasformate in genere in società per azioni con il pacchetto di maggioranza detenuto per lo più dai Comuni. Concludo che alla fine il problema andrà risolto dalla commessa, quando il direttore le chiederà di provvedere a rimuovere il disdoro costituito dalla spazzatura davanti all'esercizio, specie se la commessa è assunta con un contratto a termine, o altre forme di lavoro precario.

L'episodio appena descritto mi ha distratto dalla impostazione geometrica che intendevo dare alla mia lezione sulle esternalizzazioni di impresa. Mi ha richiamato alla realtà. Mi ha fatto intendere, una volta ancora, che il diritto del lavoro è una materia umile, che per lo più riguarda attività povere, tuttavia essenziali ai fini di una condizione decente di vita dei cittadini, che sta a ridosso dei rapporti concreti di lavoro e di vita, che poco si presta ad astrazioni, le quali per lo più risultano sproporzionate rispetto alla ridotta natura dell'oggetto. Ma al tempo stesso una materia straordinaria per la sua capacità di costituire un filtro di osservazione della realtà e anche uno strumento in qualche misura determinativo dei rapporti sociali concreti, se è vero, come ha ricordato Gerard Lyon-Caen in una delle sue ultime lezioni, che esso “organizza la vita delle persone nei suoi aspetti più quotidiani, e più remoti da qualunque speculazione intellettuale; da lui dipende il loro sostentamento; dalla sua portata esatta dipendono un congedo più o meno lungo, un'indennità più o meno elevata” di modo che “dal fatto che lo si applichi in un senso o in un altro dipenderà la sorte di milioni di persone”⁸⁶. Anche per questo il diritto del lavoro, una volta che lo si è incontrato e compreso, è difficile abbandonarlo.

⁸⁶ G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, LD, 2004, 257 ss.

La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*

Andrea Lassandari

I. Introduzione.	30
II. I fasti della globalizzazione.	30
1. Gli scenari.	31
2. La riflessione liberale: distinte elaborazioni.	37
3. Diritti e cittadinanza: il punto di vista repubblicano.	41
4. Percorsi della dottrina giuridica del lavoro in Italia.	45
5. La crisi della tutela collettiva.	52
III. Palingenesi ed epifania dell'autonomia collettiva: il razionale è reale?	56
1. Il sindacato nella globalizzazione.	56
2. Pluralismo giuridico ed esperienza sindacale.	61
3. Una possibile "strategia" della prassi, tra passato e futuro.	64
3.1. La regola sindacale: clausole normative unilaterali e contrattuali.	65
3.2. Il problema della <i>soziale Exekution</i> .	67
3.3. Stati e sindacati.	71

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 25/2005

I. Introduzione.

L'approfondimento che segue è suddiviso in due parti, dialetticamente contrapposte.

Nella prima si dà conto del fenomeno economico e sociale denominato globalizzazione, il quale viene descritto e preso fondamentalmente in considerazione come problema: gli ultimi paragrafi di questa sono in particolare rivolti alla relazione tra globalizzazione e riflessione dei giuristi del lavoro nazionali, da una parte, nonché crisi (indotta) del ruolo come dell'azione sindacale, dall'altra.

Il secondo nucleo tematico concerne invece la possibilità, analizzata in termini non esclusivamente teorici, dell'introduzione di forme di governo della dinamica economica concorrenziale sovranazionale, da parte proprio dell'autonomia collettiva: sorta di "rinascita" dalle ceneri in cui pare la si stia riducendo.

In tutt'altro momento storico, che vedeva la massima espressione propulsiva del movimento operaio in questo Paese, Giorgio Ghezzi concluse il saggio forse più critico verso l'assetto teorico e normativo costituito, con le seguenti osservazioni. "In ogni caso la realtà odierna ci dimostra quanto sia da contestarsi che il giurista – specie quando, come il giuslavorista, estende la sua indagine anche oltre i confini dell'ordinamento statale – debba comunque adempiere la funzione del pacificatore, del compositore sociale. A volte, se il giurista vuol porre a fondamento del proprio lavoro interpretativo delle premesse che siano davvero efficienti (cioè tali da includere la maggiore quantità possibile di informazioni rilevanti sulla realtà effettuale), e se vuol così giungere a conclusioni che siano davvero stringenti, suo compito è anche quello di cogliere i contrasti, le tensioni, le contraddizioni che si annidano nell'ordinamento ...; e suo compito diviene inoltre, in questi casi, quello di saper serenamente riconoscere (qui, forse, sta la morale della favola) quanto, dall'esterno, insinua nuove contraddizioni all'interno dell'ordinamento, anche se ciò pone in forse il potere esistente e, insieme, tutto ciò che, razionalizzando, gli serve, egemonicamente, da copertura ideologica"⁸⁷.

Nella fase del ripensamento – secondo altri della crisi o del disorientamento⁸⁸ – del diritto del lavoro e dello stesso significato della tutela collettiva, ancora maggiore risulta l'esigenza di porre "in forse il potere esistente e, insieme, tutto ciò che, razionalizzando, gli serve, egemonicamente, da copertura ideologica".

II. I fasti della globalizzazione.

"Tuttavia la particolarità della civiltà al cui crollo abbiamo assistito consisteva precisamente nel fatto che essa si basava su fondamenta economiche. Anche altre società ed altre civiltà erano limitate dalle condizioni materiali della loro esistenza: questo è un tratto comune di tutta la vita umana e in realtà di tutta la vita, sia religiosa che non religiosa, materialista o spiritualista. Tutti i tipi di società sono limitati da fattori economici. Tuttavia la civiltà del diciannovesimo secolo era economica in un senso diverso e distinto poiché sceglieva di fondarsi su un motivo soltanto

⁸⁷ Cfr. GHEZZI, *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, RTDPC, 1970, I, p. 433 ss.

⁸⁸ V. TREU, *Politiche del lavoro*, Bologna, 2001, p. 173 ss.

raramente riconosciuto come valido nella storia delle società umane e certamente mai prima sollevato al livello di una giustificazione di azione e di comportamento nella vita quotidiana, e cioè il guadagno. Il sistema del mercato autoregolantesi era derivato da questo principio”⁸⁹.

1. Gli scenari.

La globalizzazione dell’economia costituisce punto di riferimento di una riflessione assai diffusa (quasi corrispondentemente), interdisciplinare, con rilevante e progressivo consolidamento da almeno quindici anni: gli esiti di questo imponente dibattito – a cominciare dalle definizioni dei fenomeni analizzati – sono tuttavia (o conseguentemente) incerti. Il metodo stesso d’approccio è per parte sua assai eterogeneo: si ha in effetti l’impressione dell’emergere più di una occasione di confronto, in ambito sovente sovranazionale, tra *maîtres à penser*, specialisti di varie discipline, divulgatori, che di un approfondimento in senso proprio.

L’oggetto preso in considerazione è tuttavia caratterizzato da grandissima pervasività sociale come dinamicità; conduce inoltre normalmente ad una dimensione valutativa dell’osservazione: ciò potendo spiegare i precisati, probabilmente allo stato inevitabili, limiti.

Il fenomeno – o meglio l’espressione con cui lo si definisce – è infatti di pubblico dominio probabilmente in tutte le società caratterizzate da rilevante presenza dei mezzi di comunicazione di massa; appartiene a pieno titolo alla retorica (e propaganda) politica; si lega, secondo molteplici punti di vista, alla ridefinizione dei rapporti di potere tra classi od aggregati sociali, in sede nazionale come internazionale, attualmente in corso. Nel nome della globalizzazione sono così sostenute molteplici scelte di indirizzo politico: programmaticamente quelle di flessibilità nei rapporti di lavoro, per quanto qui maggiormente interessa⁹⁰; non è infrequente però si faccia della prima “alibi”⁹¹ per determinazioni le più varie ed anche “spicciole”. Vengono pure giustificate o spiegate tramite di essa evoluzioni nelle “spontanee” dinamiche sociali: ad es. inadeguatezze di formazione dei redditi di lavoratori, pensionati, più in generale cittadini.

La globalizzazione è ancora descritta secondo canoni che ne segnalano una immanente e decisiva dimensione politica: ad es. quando la si presenta come “neo-liberista”; e viene, in quanto tale, contestata da movimenti più o meno organizzati, anch’essi presenti in molti Paesi.

Ma non di rado è oltrepassato l’ambito della politica, disponibile e contingente, per attingere quasi al profilo “metafisico” della necessità: la globalizzazione viene così intesa come inevitabile, incontrollabile e forse addirittura arcano processo esterno. Tra le cause di ciò, penso possano essere individuati l’oggettiva, quasi schiacciante, posizione di preminenza acquisita da un determinato disegno politico che accompagna – ed anzi a rigore dovrebbe dirsi si serve de – la globalizzazione; la grande efficacia delle tecniche di comunicazione di massa, impiegate in modo tanto

⁸⁹ KARL POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, 1974 (New York, 1944), p. 38. L’autore descrive ed argomenta puntualmente, nell’opera, questo fondamentale enunciato.

⁹⁰ Cfr. SENNET, *L’uomo flessibile*, Milano (New York - London), 1999. V. pure GALLINO, *Il costo umano della flessibilità*, Roma-Bari, 2001.

⁹¹ DAHRENDORF, *Libertà attiva*, Roma-Bari (München), 2003, p. 24.

massiccio quanto sofisticato allo scopo⁹²; l'effetto di "spiazzamento", culturale e di nuovo politico, generato dalle esistenti, da tempo praticate, possibilità di svincolarsi dagli ordinamenti dei singoli Stati⁹³.

Senza entrare nella *querelle* sulla effettiva novità dei contemporanei accadimenti, rispetto a momenti passati⁹⁴, emerge quindi che la globalizzazione, pur nella indeterminatezza che la accompagna, costituisce dato di assoluta concretezza; nello stesso tempo trova conferma come le aporie del dibattito, rispetto a fattispecie così onnivora, multiforme e contemporaneamente opaca, abbiano più di una ragione.

Ai limitati fini di questo lavoro, si fa propria innanzitutto una sobria definizione, la quale presenta la globalizzazione dell'economia "come una fase del capitalismo moderno iniziata negli anni '80 e caratterizzata da una accelerata integrazione internazionale delle attività economiche, sia nelle forme tradizionali – commercio e investimenti diretti all'estero – sia in forme nuove, come investimenti finanziari a breve termine, speculazioni sui cambi, commercio nei servizi, variegati accordi tra imprese, complessi fluidi di conoscenze e tecnologie..... La scala globale di queste attività è stata favorita dalla riduzione dei costi di trasporto, comunicazione e coordinamento consentiti soprattutto dall'emergere di un nuovo 'paradigma tecnologico' legato alle nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione"⁹⁵.

L'apparire sempre più deciso di questa vocazione internazionale del processo economico, ha innanzitutto condotto a sottolineare la crisi del ruolo dello "Stato-nazione", collegata peraltro all'emergere di "Stati-regione", definiti "zone economiche 'naturali'"⁹⁶. Ciò implicando l'ingresso

⁹² Per una risalente – ma tuttora assai lucida ed efficace – analisi, v. ADORNO e HORKHEIMER, *Dialettica dell'illuminismo*, nella parte dedicata all'*Industria culturale. Illuminismo come mistificazione di massa*, Torino, 1966 (Amsterdam, 1947), p. 130 ss. Cfr. oggi ZOLO, *La strategia della cittadinanza* in *La cittadinanza. Appartenenza, identità diritti*, a cura di ZOLO, Roma-Bari, 1999, p. 35 ss.

⁹³ D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, RGL, 1998, p. 325, rileva che "la contrapposizione nazionale/sovranazionale produce quella che potremmo definire la 'sindrome del vincolo esterno' e un virtuale conflitto tra i valori sociali accolti nelle Costituzioni nazionali e le concrete modalità di esercizio della sovranità ceduta ai centri di regolazione sovranazionale, i quali si muovono in un quadro costituzionale diverso, basato sugli accordi e sui trattati istitutivi".

⁹⁴ Riducono portata e rilievo della novità HIRST e THOMPSON, *La globalizzazione dell'economia*, Roma, 1997 (Cambridge, 1996). V. pure le osservazioni di POLANYI, *op. cit.*, le quali, formulate a descrizione soprattutto dei processi socio-economici del diciannovesimo secolo, risultano in taluni casi singolarmente attuali. Cfr., sempre a proposito di possibili parallelismi tra ventesimo e diciannovesimo secolo, pure ARRIGHI, *Il lungo ventesimo secolo. Denaro, potere e le origini del nostro tempo*, Milano, 1996.

⁹⁵ Così PIANTA, *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001, p. 11. Per un'altra "sobria" e "credibile definizione" – come si esprime VENEZIANI, *Globalizzazione e contrattazione collettiva europea: frammenti di una strategia*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, Milano, 2001, p. 182 – v. DORE, *La globalizzazione dei mercati e la diversità dei capitalismi*, Bologna, 1996, p. 1017. Si veda pure DORE, *Capitalismo di borsa o capitalismo di welfare?*, Bologna, 2001 (Oxford 2000). TOURAINE descrive i medesimi fenomeni come "ritorno del capitalismo": così in *Come liberarsi del liberismo*, Milano 2000 (Paris, 1999), p. 18 ss.

⁹⁶ Cfr. OHMAE, *La fine dello Stato-nazione*, Milano, 1996 (New York, 1995) p. 128 ss. Questo l'elenco presentato – per il vero un po' estemporaneo – degli "Stati-regioni": "l'Italia settentrionale; il Baden-Württemberg (o Reno settentrionale); il Galles; San Diego/Tijuana; Honk Kong/Cina meridionale; Silicon Valley/Bay Area in California; Pusan (all'estremo sud della Penisola coreana) e le città di Fukuoka e Kitakyushu nel nord dell'isola giapponese di Kyushu. A queste zone si aggiungono il cosiddetto Growth Triangle di Singapore, Johor (lo stato più meridionale della Malesia) e le vicine isole Riau appartenenti all'Indonesia (inclusa Batam, una vasta zona in regime di porto franco); il Research Triangle Park nel North Carolina; la regione francese del Rodano-Alpi, che gravita su Lione e vanta solidi legami commerciali e culturali con l'Italia; la regione della Linguadoca-Rossiglione, attorno a Tolosa, città strettamente collegata alla Catalogna; Tokyo e le zone circostanti; Osaka e la regione di Kansai; l'isola di Penang in Malaysia; e anche l'emergente 'Greater Growth Triangle', venuto alla ribalta nel 1992, che attraverso lo stretto di Malacca congiunge Penang, Medan (città indonesiana dell'isola di Sumatra) e Phuket in Thailandia".

in un universo, quello sovranazionale, assai scarsamente e con limitata efficacia regolato⁹⁷; collocandosi nel quale, è anzi possibile porre gli stessi sistemi normativi nazionali in concorrenza uno con l'altro, inducendo questi ultimi a ricercare la soluzione più gradita alle imprese investitrici. La dinamica coinvolge pesantemente, tra i primi, i sistemi di protezione dei diritti dei lavoratori, preciso oggetto di c.d. *dumping e shopping sociale*⁹⁸.

Ne è seguita una discussione che per alcuni versi (re)impiega argomentazioni ben note, le quali si confrontano da un paio di secoli⁹⁹; in cui d'altra parte non si è esitato a rinviare al mero e "bruto" dato di fatto, più eloquente di tante considerazioni. In ogni caso la nuova dinamica è stata salutata con entusiasmo da chi ha previsto che "il potere sull'attività economica migrerà inevitabilmente dai governi centrali degli Stati-nazione alla rete senza confini formata dalle innumerevoli decisioni individuali prese a partire dalla realtà del mercato"¹⁰⁰. Si tratta di orientamento esplicativo della teoria neo-classica - dominante oggi nella dottrina economica ed in grado di influenzare il punto di vista di buona parte delle istituzioni economiche internazionali come di non pochi Paesi (non solo occidentali) - al cui centro si collocano il "postulato metodologico dell'individuo isolato, massimizzatore razionale della propria utilità soggettiva", come la stessa "idea smithiana della 'mano invisibile'"¹⁰¹.

Altri invece, sebbene con capacità ben diversa di incidere sui concreti eventi, hanno formulato analisi assai più articolate; come anche osservazioni molto caute ovvero apertamente critiche, quanto agli effetti indotti dalla globalizzazione.

La "fine dello Stato-nazione" deve così essere ben ponderata, se tra i "protagonisti" della contemporanea evoluzione - accanto alle "imprese transnazionali" ed al "sistema delle

⁹⁷ Cfr. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, e RODOTÀ, *Diritto e diritti nell'era della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, *op. cit.*, p. 39 ss.

⁹⁸ V. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Torino, 2000 (Frankfurt am Main, 1999), p. 40 ss.; JEAMMAUD, *La 'mondializzazione': banco di prova per il diritto del lavoro*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁹ La valorizzazione della "mano invisibile" di ADAM SMITH – ovverosia, in molti casi, di una vulgata non del tutto completa e corretta del pensiero di questi: cfr. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2001 (New York, 1999), p. 32 – mantiene in effetti in vita pure buona parte della critica marxiana. Per una ricca ed analitica descrizione del punto di vista economico, nel rapporto in particolare con il diritto del lavoro, cfr. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, p. 3 ss. Riferimenti ad ADAM SMITH sono del tutto diffusi: nel dibattito nazionale v. ad es. ANDREA e PIETRO ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro*, RIDL, 1994, I, p. 461, nota 1, a proposito dell'"economista ortodosso". Non stupisce quindi la frequenza di citazioni di KARL MARX, anche da parte di pensatori estranei a questo orientamento di pensiero. V. ad es. DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 27, il quale riporta i seguenti brani del *Manifesto del partito comunista* di KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS, Roma-Bari, 2001 (London, 1848): "la borghesia 'ha distrutto tutti i rapporti feudali, patriarcali, idilliaci. Essa ha lacerato spietatamente tutti i variopinti legami feudali che stringevano l'uomo al suo superiore naturale, e non ha lasciato tra uomo e uomo altro legame che il nudo interesse, il freddo pagamento in contanti' ... L'epoca si distingue per l'"ininterrotta messa in discussione di tutte le condizioni sociali", l'insicurezza e il movimento perpetui'. 'Vengono dissolti tutti i rapporti stabili e irrigiditi, con il loro seguito di modi di vedere e di concezioni venerate e veneranda età, e i rapporti nuovi invecchiano prima ancora di potersi consolidare. Si volatilizzano le immobili gerarchie sociali, viene profanato tutto ciò che vi è di sacro ...'. Cfr. pure ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, LD, 2003, p. 573.

¹⁰⁰ Così OHMAE, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁰¹ Cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 11.

comunicazioni” – trova posto pure “una superpotenza imperiale”¹⁰²; mentre nel contempo, forse curiosamente, il numero degli Stati aumenta¹⁰³.

Secondo alcune letture, sarebbe anzi proprio la “caduta del muro di Berlino” a costituire inizio, ideale ed al contempo concreto, di una egemonia degli Stati Uniti d’America, la quale, indiscussa sul piano militare¹⁰⁴, si avvarrebbe proprio della “globalizzazione” per estendersi e rafforzarsi in sede economica come politica¹⁰⁵. Dovrebbe allora essere la chiave di lettura neo-imperiale a prevalere¹⁰⁶.

All’interno di questo peculiare approccio, va tuttavia per l’ennesima volta registrata la presenza di dialettiche non composte: ad es. tra chi ha sostenuto, con il terminare della guerra fredda, “la fine della storia”¹⁰⁷, e chi invece parla, solo pochi anni dopo, di “scontro di civiltà”¹⁰⁸. Così come non c’è piena uniformità di vedute su ruolo e margini di intervento, accanto all’unica superpotenza, in particolare della Comunità europea¹⁰⁹.

La pubblicistica, di diverso livello e fattura, sulle conseguenze negative dell’imporsi della globalizzazione è d’altra parte abbondantissima, con notevole sfoggio di dati (anche se non sempre le affermazioni dei diversi autori sembrerebbero del tutto perfettamente conciliabili tra loro).

¹⁰² Così RODOTÀ, *op. cit.*, p. 49. V. pure HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, Milano, 1999 (Frankfurt am Main, 1998), p. 11.

¹⁰³ V. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, RTDP, 2002, p. 326. D’altra parte non mancano analisi volte a sottolineare, per es. all’interno dell’area comunitaria, l’esistenza di tendenze contraddittorie che comunque non vedono una chiara “abdicazione” di ruolo dei singoli Paesi: cfr. SIMITIS, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, DLRI, 1994, p. 639 ss..

¹⁰⁴ Secondo RIFKIN *La fine del lavoro*, Milano (New York), 1995, p. 68, “il complesso militare-industriale” statunitense, “durante gli anni di Reagan e Bush” si ingigantisce a tal punto “che, se avesse costituito una nazione a sé stante, si sarebbe collocato al tredicesimo posto nella graduatoria dei Paesi industrializzati”. V. pure THUROW, *La costruzione della ricchezza*, Milano, 2000 (New York, 1999), p. 109.

¹⁰⁵ Cfr. BECK, *op. cit.*, p. 160. Interpretazioni avanzate da studiosi di diritto del lavoro soprattutto appartenenti a Paesi del Centro e Sud America, emerse al XVII Congresso mondiale di Diritto del lavoro e Sicurezza sociale tenutosi a Montevideo, dal 2 al 5 settembre 2003, individuano nel Trattato di Versailles, che conclude la prima guerra mondiale e nel cui ambito si dà vita all’Organizzazione internazionale del lavoro, da una parte, ed appunto nella caduta del muro di Berlino, dall’altra, origine e (tendenziale) fine del diritto del lavoro. Quest’ultimo sarebbe stato “adottato” perché funzionale al capitalismo, impegnato nella “mortale” competizione con il comunismo: una volta sconfitto quest’ultimo, non ci sarebbe più ragione di mantenere le regole di protezione dei lavoratori. Così ad es. NESTOR DE BUEN LOZANO, intervenendo ad una tavola rotonda del Congresso.

¹⁰⁶ Straordinariamente suggestive, in materia, le pagine di SAID, *Cultura e imperialismo*, Roma, 1998 (New York, 1993).

¹⁰⁷ Cfr. FUKUYAMA, *La fine della storia e l’ultimo uomo*, Milano, 1996 (New York, 1992). Una impostazione a-storica - soprattutto poiché venata di elementi di ordine ontologico, debitori del panteismo anti-trascendente di SPINOZA – pare altresì essere quella, radicalmente critica, di HARDT e NEGRI, *Impero*, Milano, 2000: cfr. pure NEGRI, *Dialogo su impero e democrazia*, in *Dialogo su impero e democrazia*, con ESPOSITO e VECA, *Micromega*, 2001, n. 5, p. 117. Sostiene HABERMAS, *op. cit.*, p. 69, che “dal fluidificarsi delle società un tempo organizzate nel quadro degli stati-nazione dovremmo ora veder nascere – secondo i teorici del postmodernismo – quella ‘fine della politica’ su cui punta tutte le sue speranze anche il neoliberismo, quando vorrebbe dilatare al massimo le funzioni regolatorie del mercato. Quella politica su scala mondiale che ai teorici postmoderni si presenta come impossibile – dopo il dissolversi del mondo classico degli stati in una società mondiale anarchicamente decentrata e collegata in ‘rete’ -, appare invece agli occhi dei teorici neo-liberisti come qualcosa di indesiderabile, ossia come un inquadramento politico per una economia mondiale appena liberatasi. Anche se per motivi diversi, postmodernismo e neoliberismo convergono in una visione analoga”.

¹⁰⁸ V. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 2001 (New York, 1996). Gli attentati alle Torri Gemelle dell’11 settembre ed a Madrid dell’11 marzo, se non danno ragione a quest’ultima prospettiva, certamente parrebbero smentire la prima. Cfr. in materia HABERMAS, *Fede e sapere*, nonché *Dialogo sulla globalizzazione*, con VATTIMO, TAYLOR e RORTY, nonché *Dialogo su impero e democrazia*, con ESPOSITO, NEGRI e VECA, *op. cit.*, *Micromega*, 2001, n. 5, pp. 7 ss., 27 ss., 115 ss.

¹⁰⁹ V. DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 122; HABERMAS, *op. cit.*, p. 116 ss.

Si tratta in ogni caso di elementi da integrare con altri, di opposto segno, precisati invece dagli apologeti dei contemporanei avvenimenti: emblematico il rilievo per cui “il Pil mondiale è cresciuto più in fretta che in qualunque altro periodo nella storia dell’umanità. Tale crescita nel mondo in via di sviluppo è stata superiore rispetto a qualunque altro periodo della storia: non è stata distribuita uniformemente, ma nel terzo mondo gli standard di vita sono andati decisamente crescendo”¹¹⁰. Risultando tuttavia incerti l’*an* ed il *quando* della piena sovrapposizione di interessi individuali e generale (oggi nell’intero mondo)¹¹¹; apparendo inoltre ed in ogni caso opportuno cercare di intervenire su alcune esistenti incoerenze, se non vere e proprie nefandezze, si sottolinea la presenza di almeno tre macro-profilo critici con cui confrontarsi.

Merita innanzitutto un cenno il problema della gestione delle risorse naturali ed ambientali. Al riguardo un sostenitore degli assunti per cui “la crescita economica non è in rotta di collisione con l’ambiente” e “sotto ogni aspetto, il mondo, dal punto di vista ambientale, è un luogo più accogliente di quanto non fosse venti o trent’anni fa”, ad un certo punto deve notare come “ciò che il nostro sistema politico ed economico non fa bene è affrontare problemi di lungo termine, poco prevedibili (?), quali il surriscaldamento del globo”. Si aggiunge che “in realtà, la natura umana e i sistemi socioeconomici non sono stati creati per risolvere dei problemi così lontani, così poco prevedibili”: il motto quindi è “che sia il domani a occuparsi del domani”¹¹².

Emerge inoltre agli occhi di molti il progressivo incremento della disuguaglianza di condizione tra persone, sia all’interno degli Stati che nel rapporto tra diverse aree del mondo¹¹³. Affrontando la questione secondo punti di vista rigorosamente liberali, è stato osservato come “chi vuole innanzitutto l’eguaglianza, perde spesso per strada la libertà. Vale sicuramente anche il contrario. Io penso in realtà che la disuguaglianza sia un elemento della libertà. Una società libera lascia molto spazio alle differenze tra gli uomini, e non solo a quelle di carattere, ma anche a quelle di grado. La disuguaglianza non è più compatibile con la libertà quando i privilegiati possono negare i diritti di partecipazione degli svantaggiati, ovvero quando gli svantaggiati restano nei fatti del tutto esclusi dalla partecipazione al processo sociale, economico e politico”¹¹⁴. Non di rado ci si confronta oggi in concreto proprio con quest’ultimo caso.

Le vicende della società statunitense si prestano così a descrivere i paradossi della disuguaglianza interna: come quando si rivela che “i maschi del Kerala” (Stato meridionale dell’India) “e della Cina superano nettamente i maschi afroamericani in termini di sopravvivenza fino a un’età avanzata”¹¹⁵; ovvero che “negli Stati Uniti, un adulto su tre è marginalmente, funzionalmente o

¹¹⁰ Così THUROW, *op. cit.*, p. 180.

¹¹¹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 110.

¹¹² Così THUROW, *op. cit.*, alle pp. 177, 178, 189, 191, 194. In materia v. pure BECK, *op. cit.*, p. 237 ss. e GIDDENS, *Il mondo che cambia*, Bologna, 2000 (London, 1999), p. 35.

¹¹³ V., tra i tanti, GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianza*, Roma-Bari, 2001; GIDDENS, *op. cit.*, p. 28; RIFKIN, *L’era dell’accesso*, Milano (New York), 2000, p. 305 ss.

¹¹⁴ Così DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 19. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1999 (Cambridge, Mass., 1971), p. 30, sostiene “che le ineguaglianze economiche e sociali, come quelle di ricchezza e di potere, sono giuste soltanto se producono benefici compensativi per ciascuno, e in particolare per i membri meno avvantaggiati della società”. V. pure HABERMAS, *op. cit.*, p. 76. Secondo BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Milano, 2002 (Warsaw, 2000), p. 267, “una politica postmoderna desiderosa di creare una comunità politica vitale dovrebbe ispirarsi al principio uno e trino di Libertà, Differenza e Solidarietà”.

¹¹⁵ Così SEN, *op. cit.*, p. 27.

completamente analfabeta”¹¹⁶; ancora che “la Cina, un paese totalitario con una popolazione cinque volte superiore a quella americana, ha mezzo milione di detenuti in meno in prigione”¹¹⁷.

Quanto invece alle disuguaglianze nell’intero globo terrestre – al di là delle comuni, ripetute e tutto sommato scontate considerazioni su diffusione di fame, malattie, morte ecc. ecc.¹¹⁸ – può risultare interessante far riferimento all’importanza ed incremento di veri e propri casi di schiavitù, individuale come familiare¹¹⁹; oppure ancora, “nonostante l’euforia che circonda la rivoluzione delle comunicazioni”, al fatto che “il 65% della popolazione non ha mai fatto una telefonata e che il 40% non ha accesso all’energia elettrica. Ci sono più linee telefoniche nella sola Manhattan che in tutta l’Africa subsahariana”¹²⁰.

Questa situazione minaccia seriamente di disgregare contesti nazionali, con conseguente generale peggioramento della qualità della vita; impedisce inoltre quelle nuove più ampie aggregazioni sociali, che pure la dimensione transnazionale delle relazioni potrebbe in astratto favorire. Sembrerebbe però anche – allo sguardo di un profano – introdurre qualche problema per lo stesso sviluppo economico: come coinvolgere infatti nella rete di scambi globale quel 65% di popolazione che non ha ancora fatto una telefonata? Ma contemporaneamente come garantire un livello di consumi idoneo a favorire la dinamica produttiva, se “su scala mondiale ... i redditi dei capitalisti aumentano mentre quelli dei lavoratori diminuiscono”¹²¹?

Infine molteplici riflessioni si confrontano con il problema della democrazia e tutela della libertà stessa, il quale è posto con molta chiarezza quando si osserva come “per molti dei valori fondamentali su cui si reggeva un ordine mondiale basato su una serie di Stati-nazione distinti e indipendenti – per esempio la democrazia liberale praticata dai Paesi occidentali e addirittura il concetto stesso di sovranità politica – si è effettivamente manifestata la necessità di una rigorosa ridefinizione o, in qualche caso, di una vera e propria sostituzione”¹²². Appare chiaro che, con la progressiva perdita di ruolo dello Stato-nazione, nella prefigurazione di indirizzi economici come politici concernenti innanzitutto il proprio territorio¹²³, viene meno pure sul piano teorico ed astratto la possibilità di incidenza, “promessa” dal sistema democratico classico ai singoli cittadini: ciò eliminando gran parte del significato della partecipazione come della stessa attività politica, elementi tutti di cui vi è in occidente diffusa evidenza.

¹¹⁶ V. RIFKIN *La fine del lavoro*, op. cit., p. 76.

¹¹⁷ Cfr. THUROW, op. cit., p. 230. Sulla problematica v. pure BECK, op. cit., p. 167 ss.

¹¹⁸ Risulta però sempre istruttivo segnalare alcuni “inconcipibili” paradossi della realtà. RIFKIN, *L’era dell’accesso*, op. cit., p. 308, segnala quanto segue: “la dura realtà del differenziale di ricchezza è che gli americani spendono per i cosmetici (otto miliardi di dollari all’anno) e gli europei per i gelati (undici miliardi di dollari) più di quanto basterebbe per offrire un’istruzione elementare, acqua potabile e servizi igienici ai due miliardi di individui che, nel mondo, ancora oggi non possono permettersi un’istruzione e strutture sanitarie minime”.

¹¹⁹ V. BALES, *I nuovi schiavi*, Milano, 2000 (London, 1999).

¹²⁰ Cfr. RIFKIN, op. ult. cit., p. 305.

¹²¹ Così THUROW, op. cit., p. 281.

¹²² Così OHMAE, op. cit., p. 11. V. pure DAHRENDORF, op. cit., p. 93; GIDDENS, op. cit., p. 85 ss.; HABERMAS, op. cit., p. 29 ss.

¹²³ Secondo HABERMAS, op. ult. cit., p. 57, “l’esautoramento della ‘politica’ da parte del ‘mercato’ si manifesta così nel fatto che allo stato nazionale viene meno la capacità politica di proteggere la sua base di legittimità rastrellando risorse fiscali e stimolando la crescita economica”.

Ove d'altra parte si valorizzi pure (o soprattutto) il ruolo di alcuni Stati-nazione, nel governo dell'assetto globale, a partire come ovvio dagli Stati Uniti d'America, il problema continuerà a riguardare tutti i cittadini degli altri Paesi: e tutto sommato risulta solo in parte consolante sapere che a decidere per l'intero pianeta, invece dell'imperatore malvagio di Guerre stellari, sono i non molti americani che normalmente si recano alle urne.

Questo aspetto è forse il più intimamente contraddittorio, perché nel nome della teoria economica liberista e del pensiero liberale, si rischia di eliminare la stessa libera determinazione dei cittadini: è stato rilevato come "l'esercizio incontrollato dei diritti di libertà negativa da parte di alcuni distrugga progressivamente la possibilità che altri se ne avvalgano"¹²⁴.

Tali problematiche e contraddizioni sono ben note a chi parla, all'interno di visioni interessate a cogliere pure le opportunità della globalizzazione, di "economia politica dell'insicurezza"¹²⁵ ovvero di mondo che "sembra del tutto fuori controllo"¹²⁶: in questa ottica però la globalizzazione diviene contesto aperto di processi da costruire; non forma sociale di nuovo dominio, da accettare necessariamente ed integralmente.

Si tratta di differenza fondamentale, posto che "a volte si ha l'impressione che il benessere soggettivo degli uomini sia massimo quando essi debbono lottare per i loro diritti e le loro aspirazioni, e soprattutto quando piccoli, e talora anche grandi progressi mostrano che questa lotta può essere condotta con prospettive di successo"¹²⁷.

2. La riflessione liberale: distinte elaborazioni.

Può risultare di qualche interesse mostrare come i processi oggi ricondotti alla globalizzazione non siano per più versi compatibili con assunti di molteplici scuole di pensiero: ciò vale per taluni orientamenti – ma anche prospettazioni classiche – appartenenti alla stessa tradizione liberale, che ne costituisce peraltro principale punto di riferimento culturale ed ideologico.

Nonostante molteplici autori celebrino oggi esplicitamente le sorti di Adam Smith, sembrerebbe piuttosto corretto sostenere che la sua riflessione (ma anche quella di Alexis de Tocqueville) – per essere agli albori della società capitalista; condizionata da fattori culturali storicamente datati; aver infine preceduto l'importante reazione marxiana - costituiscano punto di riferimento soprattutto "nobile" per il contemporaneo movimento di pensiero liberale¹²⁸.

¹²⁴ V. BELLAMY, *Tre modelli di cittadinanza*, in *La cittadinanza*, a cura di ZOLO, *op. cit.*, p. 248.

¹²⁵ Così BECK, *op. cit.*, p. 3 ss. V. pure BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000 (Cambridge, 1999), p. 27.

¹²⁶ Così GIDDENS, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁷ V. DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁸ Parrebbe in effetti ben più coerente e convincente una lettura che saldi il pensiero di ADAM SMITH al contesto di appartenenza nonché all'evoluzione storica che l'ha preceduto: secondo POLANYI, *op. cit.*, p. 141, il filosofo scozzese "segnava la chiusura di un'età che si era aperta con gli inventori dello Stato, Tommaso Moro e Machiavelli, Lutero e Calvino". Cfr. pure MASTELLONE, *Storia ideologica d'Europa da Savonarola ad Adam Smith*, Firenze, 1979, in particolare p. 346 ss. È così probabilmente corretto affermare, a proposito di SMITH – come sostiene RICOSSA, *Introduzione a HAYEK, La società libera*, Roma, 1998 (Chicago, 1960), p. 8 - che "era un empirico, coi piedi per terra e lo sguardo rivolto alla realtà quotidiana. Egli non doveva provare che 'esiste' una 'mano invisibile' dalla quale ogni tanto aspettarsi un miracolo. Più semplicemente il suo impegno era capire una esperienza, che il consumatore fa tutti i giorni. Se un consumatore cerca un abito nuovo, lo trova in commercio". Ribadire tuttavia (solamente) alcuni dei concetti da lui espressi, dopo due secoli di fondamentale evoluzione del pensiero così come delle società, fa ovviamente degli stessi qualcosa di molto diverso.

Autore individuabile invece con maggiore credibilità come rappresentativo della contemporanea dottrina neo-liberale, delle sue espressioni anzi più radicali e “fondamentaliste”, è il premio nobel per l'economia Friedrich von Hayek, la cui notorietà si è non a caso negli ultimi anni significativamente accresciuta, anche grazie a recenti ristampe di opere¹²⁹.

La teorica di von Hayek, per esprimere un sintetico giudizio ispirato dalla lettura de *La società libera*, parrebbe vivere il paradosso di una dissociazione metodologica: vengono sviluppate argomentazioni all'interno di una costante e prolungata polemica anti-illuministico/razionalistico/sistemica (caratteri soprattutto imputati alla tradizione francese ed europeo-continentale), avanzata nel nome della “tradizione britannica” empirica¹³⁰, le quali sembrerebbero infine pervenire a conclusioni molto somiglianti a quanto criticato.

Ecco allora che il fondamento di legittimazione “della libertà” è rinvenuto nell’“inevitabile ignoranza” degli uomini – accomunandosi in particolare “agli ignoranti anche i più sapienti” – “nei confronti di un gran numero dei fattori da cui dipende la realizzazione dei nostri scopi e della nostra sicurezza”: “siccome ogni individuo sa poco, e in particolare, raramente sa chi di noi sa fare meglio, ci affidiamo agli sforzi indipendenti e concorrenti dei molti, per propiziare la nascita di quel che desidereremo quando lo vedremo”. Contemporaneamente però queste persone – impossibilitate ad individuare un qualunque positivo processo di miglioramento nelle dinamiche sociali ed economiche – garantiscono il raggiungimento di un ordine spontaneo (e sono anzi protagoniste di un inevitabile processo di sviluppo: “creature, ma ... schiavi del progresso”), poiché guidate “da un'intuizione esatta: ... non solo utilizzano in modo efficace le loro conoscenze ma ... possono anche prevedere, con una certa sicurezza, la collaborazione che possono aspettarsi dagli altri”¹³¹.

Non si comprende pertanto come tanta limitazione ed ignoranza generi ordine così chiaro ed onnipotente; ovvero all'incontrario perché ad uomini in grado di garantire quest'ultimo brillante risultato, sia interdetto dare un contributo pure in riferimento all'organizzazione sociale ed economica.

D'altra parte, nonostante la menzionata fondamentale ignoranza renda vacuo ed anzi dannoso ogni intervento pianificatore, non si rinuncia a cercare di condizionare l'azione futura degli uomini: a ciò servono infatti la “responsabilità”; la “minaccia della coercizione”, in taluni casi e su certi presupposti; l'esistenza stessa di “istituzioni ben costruite”: cioè a dire in grado di garantire i beni individuati da John Locke fin dal diciassettesimo secolo¹³².

Nel caso di von Hayek non sembrerebbe pertanto impossibile formulare critiche di dogmatismo: la cosa risultando abbastanza grave solo perché emergente all'interno di una impostazione così

¹²⁹ V. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 12. In questa area di pensiero cfr. pure NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, Firenze, 1981 (New York, 1974), il quale giunge ad affermare che la tassazione “è sullo stesso piano del lavoro forzato” (p. 179). Per una critica a tale prospettiva v. SEN, *op. cit.*, p. 68 ss.; cfr. pure REBUFFA, *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, Introduzione a DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 (Cambridge, Mass., 1977), p. 28 ss. DWORKIN è da REBUFFA accostato a NOZICK, nella critica radicale formulata nei confronti del *Welfare State* e nella prefigurazione stessa di un *minimal state*.

¹³⁰ Cfr. HAYEK, *La società libera*, *op. cit.*, in particolare p. 93 ss.

¹³¹ *Op. ult. cit.*, rispettivamente alle pp. 60, 61, 86, 217.

¹³² *Op. ult. cit.*, pp. 116, 196, 97.

dichiaratamente anti-dogmatica¹³³.

Ebbene all'interno di questa ortodossa impostazione si sottolinea tuttavia ed in ogni caso la necessità dello Stato, cui viene "conferito il potere della coercizione", nei casi in cui "si rende necessario, così da evitare la coercizione attuata da soggetti privati"; lungamente si disquisisce della fondamentale importanza della legge, della uguaglianza di fronte alla legge (l'unica necessaria e compatibile con il sistema disegnato) e della stessa Costituzione (al fine di evitare l'arbitrio della maggioranza e della democrazia), per la protezione della libertà¹³⁴. Si tratta di acquisizioni le quali, come già visto, possono essere messe in discussione dai processi contemporanei.

Mentre "l'idea di una comunità in cui i contrasti tra ricchi e poveri non siano troppo stridenti" e "l'aumento generale della ricchezza" sembri "a poco a poco ridurre tali differenze"¹³⁵, la quale è "condivisa" – secondo espressione a dire il vero non troppo impegnativa – dall'economista veneziano, trova oggi, come si diceva, significativa smentita.

È però possibile far riferimento anche ad altre impostazioni organiche al pensiero liberale, seguirle quali comporta una critica ben più profonda della globalizzazione. Tra di esse ha oggi rilievo eminente l'innovativa elaborazione di altro premio nobel per l'economia: l'indiano Amartya Sen.

Anche secondo questo punto di vista "la libertà è fondamentale nel processo di sviluppo": ciò avverrebbe però sia in relazione ad una "ragione di efficacia", posto che "la conquista dello sviluppo dipende, in tutto e per tutto, dalla libera azione degli esseri umani"; sia anche per una "ragione valutativa", data dal fatto che "quando si giudica se c'è o non c'è progresso, ci si deve chiedere prima di tutto se vengono promosse le libertà di cui godono gli esseri umani"¹³⁶.

Tuttavia "l'idea di libertà" cui nella specie si fa riferimento "investe sia quei processi che permettono azioni e decisioni libere sia le possibilità effettive che gli esseri umani hanno in condizioni personali e sociali date". Corrispondentemente "l'illibertà può derivare sia da processi inadeguati (come la negazione del diritto di voto o di altri diritti politici o civili) sia dal fatto che ad alcuni non sono date adeguate possibilità di soddisfare desideri anche minimali (il che comprende la mancanza di possibilità elementari, come quella di sfuggire a una morte prematura, a malattie evitabili o alla fame involontaria)"¹³⁷.

¹³³ Neanche appare troppo difficile individuare tracce di un pensiero solo in parte immune dalle divisioni di campo che hanno caratterizzato il ventesimo secolo. Accade allora che, dopo aver accuratamente distinto la libertà – "lo stato in cui un uomo non è soggetto a coercizione dalla arbitraria volontà di un altro o di altri" (*op. ult. cit.*, p. 39) – dal potere ed aver individuato in termini assolutamente rigorosi e ristretti la "coercizione" in grado di ridurre od eliminare la prima, VON HAYEK non esiti ad affermare che sia il sindacato ad esercitare "coercizione nei confronti del compagno di lavoro"?! Ciò che pertanto si esclude faccia il datore nei confronti del lavoratore subordinato ovvero il ricco del povero (cioè limitare la libertà del secondo), senz'altro viene affermato a proposito del sindacato rispetto ai prestatori (cfr. *op. ult. cit.*, pp. 44 ss., 187 ss., 345). Altri passaggi rivelatori (anche se più coerenti, nell'ordine argomentativo dell'autore), sempre stando in ambiti interessanti il giuslavorista, sono quelli per cui "i contratti *closed shop* e *union shop* ... non differiscono in nulla dal *yellow dog contract*" (*op. ult. cit.*, p. 354); ancora "la libertà è ... oggi seriamente minacciata dalla tendenza che la maggioranza dei dipendenti" – individuati come persone che hanno scelto "il lavoro subordinato" poiché "offre loro un'attività più soddisfacente e un reddito maggiore di quello che trarrebbero, per esempio, come commercianti indipendenti" – "ha d'imporre agli altri i suoi standard e le sue opinioni sulla vita" (*op. ult. cit.*, p. 169).

¹³⁴ *Op. ult. cit.*, pp. 49 e 181 ss.

¹³⁵ *Op. ult. cit.*, p. 132.

¹³⁶ Cfr. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁷ *Op. ult. cit.*, p. 23.

In tal modo il concetto chiave di libertà acquisisce connotati di notevole sensibilità descrittiva della dinamica sociale: nel pensiero di Sen viene in particolare strettamente collegato alle c.d. *capabilities* ovverosia “libertà sostanziali, o capacità, di scegliersi una vita cui (a ragion veduta) si dia valore”¹³⁸.

All'interno di questo ordine di pensiero la globalizzazione è concepita come opportunità, in grado di “portare con sé ... una maggiore prosperità economica per tutte le nazioni”, se però le si dà – tramite “uno sforzo coordinato” – “una forma meno distruttiva nei confronti dell'occupazione e dei modi di vivere tradizionali, nonché per raggiungere una transizione graduale”¹³⁹. D'altra parte la risoluzione dei “problemi della disuguaglianza (e soprattutto della povertà estrema in un mondo prospero come non mai) e dei ‘beni pubblici’ (cioè dei beni che abbiamo in comune, come l'ambiente)”, richiede, “quasi certamente, istituzioni che ci porteranno al di là dell'economia capitalistica del mercato”¹⁴⁰.

Tale punto di vista non è isolato. Ralf Dahrendorf lo riprende esplicitamente, sia pure apportando alcune correzioni di ordine concettuale, oltre che di merito, quando sottolinea come “dire che non siamo mai stati così bene significa ... che gli uomini hanno reali possibilità di scelta”¹⁴¹. Secondo Dahrendorf, al fine di evitare che “la libertà” degeneri “in anomia”, occorrono “vincoli profondi la cui presenza dà senso alle possibilità di scelta”; è necessario “costruire le istituzioni”: ed è la libertà stessa – “vita in quanto attività, ossia come agire autonomo, autodeterminato” – a doversi fare carico dell'onere¹⁴².

In posizione intermedia tra i descritti orientamenti potrebbe infine essere collocata la riflessione di John Rawls. È ben vero in effetti che, all'interno del complesso sistema proposto, il “primo principio” - secondo cui “ogni persona ha un eguale diritto alla più estesa libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri” - risulta “prioritario rispetto a quelli che

¹³⁸ Così *op. ult cit.*, p. 78. Lo “sviluppo” non è pertanto esclusivamente riferibile “alla massimizzazione del reddito o della ricchezza” (*op. ult cit.*, p. 20); e nel contempo dipende da una serie numerosa di elementi – tra cui la garanzia della “democrazia e delle libertà politiche”; il riconoscimento dei “diritti umani”; l'esistenza di “basi informative adeguate” per i cittadini; “la creazione di occasioni sociali” quali “l'espansione di assistenza sanitaria, istruzione, sicurezza sociale ecc.”; lo stesso “ruolo attivo delle donne”, cui l'autore riserva particolare considerazione (*op. ult. cit.*, pp. 150 ss., 228 ss., 249 ss., 192 ss.) – condizionanti appunto in concreto le *capabilities* dei singoli. SEN afferma così, esemplificativamente, che la disoccupazione riduce le *capabilities* – e quindi limita lo “sviluppo” – poiché, oltre alla “perdita del reddito”, genera “danni psicologici, perdita di motivazione al lavoro, di capacità professionale e fiducia in sé, aumento delle malattie e del tasso di morbidità (nonché di mortalità), disgregazione delle relazioni familiari e della vita sociale, insprimento dell'esclusione sociale, accentuazione delle tensioni razziali e delle asimmetrie tra sessi”. Specularmente l'opinione che “i sussidi di disoccupazione, se sono troppo generosi, tendenzialmente indeboliscono la volontà dei disoccupati di trovare un impiego”, deve essere ben valutata: poiché infatti “si cerca un impiego per diverse ragioni, e non solo per avere un reddito, la parziale sostituzione del salario perduto con un sussidio pubblico potrebbe disincentivare la ricerca di un impiego meno di quanto a volte si pensi” (*op. ult cit.*, pp. 99, 134).

¹³⁹ *Op. ult cit.*, p. 241.

¹⁴⁰ *Op. ult cit.*, p. 266. In attesa del verificarsi di tali future prospettive, si esprimono comunque considerazioni amare sugli avvenimenti contemporanei. Secondo SEN l'ostilità del “conservatorismo finanziario” dovrebbe innanzitutto riguardare “l'uso di risorse pubbliche per scopo i cui benefici sono tutt'altro che chiari, per esempio le spese militari massicce... Il conservatorismo finanziario dovrebbe essere l'incubo del militarista, non della maestra elementare o dell'infermiera; e il fatto che infermiere e maestre elementari se ne sentano minacciate più dei generali è un segno del mondo alla rovescia in cui viviamo” (p. 149).

¹⁴¹ V. DAHRENDORF, *Libertà attiva*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴² *Op. ult cit.*, pp. 27, 34, 38, 67.

regolano le ineguaglianze economiche e sociali”¹⁴³. Tuttavia l’esistenza del “secondo principio” - ove si dispone che “le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere combinate in modo da essere (a) ragionevolmente previste a vantaggio di ciascuno; (b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti” - conduce il filosofo ad alcune significative precisazioni: “le aspettative di coloro che sono in una situazione migliore sono giuste se e solo se funzionano come parte di uno schema che migliora le aspettative dei membri meno avvantaggiati della società”; “la diseguaglianza delle aspettative”, in particolare tra appartenenti alla classe imprenditoriale ed operaia, “è ammissibile solo se una sua diminuzione non farebbe star peggio la condizione della classe operaia”; “uno schema è ingiusto quando alcune delle aspettative più alte sono eccessive”¹⁴⁴.

3. Diritti e cittadinanza: il punto di vista repubblicano.

Si distingue dal pensiero liberale contemporaneo – pur tutt’altro che compatto ed omogeneo, come già visto – la prospettiva che rivendica, semplificando per ora con uno slogan, la libertà di fare ciò che (eticamente e politicamente) si deve e non ciò che si vuole. È inoltre possibile distinguere tra orientamenti che individuano il primo dato secondo proiezione pre-definita, sia pure nel contesto spaziale e temporale; ed altri che ne fanno invece riferimento “aperto”, non acquisito a priori: piuttosto da conquistare e mantenere.

Emerge in tal modo - schematicamente - la dialettica tra posizioni liberali, comunitarie e repubblicane, la quale attraversa molteplici ambiti tematici della riflessione sociologica, filosofica, storica, giuridica, negli Stati Uniti come in Europa.

Come tutte le classificazioni, anche questa va impiegata con attenzione: sono tutt’altro che rare ad es. osservazioni (o critiche) su “fondamenti comunitari” di autori liberali, magari legate alle diverse fasi storiche di elaborazione¹⁴⁵, ovvero su sensibilità liberali di studiosi repubblicani (e viceversa) ecc. Permanente elemento di divisione – ma anche confusione – risulta in effetti la nozione stessa di libertà, rispetto a cui emerge una netta contrapposizione tra concezione “negativa” e “positiva” (con numerose posizioni intermedie)¹⁴⁶.

I tre indirizzi rappresentano comunque modalità effettivamente divergenti di interpretazione ed indagine, nelle scienze sociali, la cui importanza può ad es. essere verificata all’interno del dibattito, prevalentemente politologico e sociologico, su diritti e cittadinanza¹⁴⁷.

È stata avanzata una critica piuttosto severa, nei confronti dell’“approccio sociologico alla tematica dei diritti, sistematicamente ignorato dalla cultura giuridica”, che “sembra tuttavia ignorare

¹⁴³ Cfr. RAWLS, *op. cit.*, pp. 66 e 52. Per alcuni contemperamenti, v. però p. 209 ss., in particolare 211. L’opzione è criticata da SEN, *op. cit.*, p. 68 ss.

¹⁴⁴ Così RAWLS, *op. ult. cit.*, pp. 66, 77, 79, 80.

¹⁴⁵ Così BELLAMJ, *Tre modelli di cittadinanza*, *op. cit.*, p. 247 a proposito del pensiero di JOHN RAWLS. V pure le osservazioni di BACCELLI, *Cittadinanza e appartenenza*, in *La cittadinanza*, a cura di ZOLO, *op. cit.*, p. 134.

¹⁴⁶ V. BELLAMJ, *op. cit.*, p. 229 ss. e RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, in *La cittadinanza*, a cura di ZOLO, *op. cit.*, p. 295. Le elaborazioni di von HAYEK e SEN, su cui ci si è soffermati nel precedente paragrafo, costituiscono esemplificazione piuttosto chiara di concezioni rispettivamente negativa e positiva di libertà.

¹⁴⁷ Sulla concezione liberista v. in particolare HABERMAS, *op. cit.*, p. 77.

altrettanto sistematicamente gli studi giuridici sui medesimi argomenti”¹⁴⁸. Nel contempo però si riconosce che grazie ad esso sono emersi “aspetti ... della fenomenologia dei diritti tradizionalmente trascurati dai giuristi: come il loro grado di effettività e di ineffettività, la loro concreta incidenza sull’uguaglianza, le loro interazioni con i conflitti, i loro rapporti con la struttura sociale, con l’economia di mercato, con la democrazia politica e con le forme del *Welfare State*”¹⁴⁹. E proprio per tali motivi la disputa può ritenersi per vari aspetti emblematica delle contemporanee più generali evoluzioni.

Al centro del confronto si colloca l’opera di Thomas H. Marshall, il quale alla fine degli anni quaranta individua nella “cittadinanza” uno *status* composto - all’interno di una stratificazione costituitasi gradualmente tra diciottesimo e ventesimo secolo - da diritti civili, politici e sociali, tutti necessariamente compresenti; il quale risulta in grado, grazie ai diritti politici e soprattutto sociali, di “modificare la struttura della disuguaglianza sociale”¹⁵⁰, intrinseca al sistema capitalistico, riducendola e comunque eliminandone la portata disgregatrice del contesto sociale¹⁵¹.

Si tratta di elaborazione storicistica e comunitaria, vicina al disegno politico socialdemocratico, fortemente criticata a partire dagli anni ottanta¹⁵²: in particolare viene contestata la considerazione dei diritti sociali tra quelli di cittadinanza¹⁵³. Infatti “mentre i diritti civili – il cui nucleo è la libertà negativa - permettono un’azione minima, consentono l’esercizio di poteri, si affermano contro lo Stato, per emancipare dalla sua invadenza un’area non interferibile di autodeterminazione del singolo, i diritti sociali sono piuttosto costituiti, quali diritti di consumo, da pretese a prestazioni concrete, e quindi selettive, erogate dallo Stato, la cui ampiezza non è data, ma in funzione delle risorse impiegate e della solidità ed efficienza delle infrastrutture amministrative e fiscali. Poiché servono semmai all’attuazione del principio di cittadinanza, ma non lo costituiscono, più che di diritti si dovrebbe parlare di *conditional opportunities*”¹⁵⁴.

Tale conclusione costituisce però – anche secondo opinione sensibile alla critica - “valutazione politico-ideologica”, la quale troverebbe in definitiva spiegazione esclusivamente “nella

¹⁴⁸ Così FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza*, a cura di ZOLO, *op. cit.*, p. 263. Secondo l’autore emergerebbe “una vocazione *latu sensu* giusnaturalistica e comunque antigiuridica dell’intera dottrina sociologica della cittadinanza, che se è fortemente discutibile in ordinamenti di *common law* come quelli anglosassoni è del tutto inattendibile in ordinamenti codificati come quelli del continente europeo” (p. 275).

¹⁴⁹ Così FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁰ V. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976 (1950), p. 127.

¹⁵¹ Cfr. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, *op. cit.*, p. 5 ss. V. pure BELLAMI, *op. cit.*, p. 239 ss.

¹⁵² Cfr. BACCELLI, *op. cit.*, p. 134 ss. e BELLAMI, *op. cit.*, p. 242 ss.

¹⁵³ Altri rilievi critici sono invece di ispirazione marxiana. Cfr. BARBALET, *Cittadinanza*, Padova, 1992 (London, 1988), p. 49 ss., scettico sulla idoneità riformatrice dei diritti sociali. Si veda pure GIDDENS, *Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights*, in *Profiles and Critiques in Social Theory*, a cura di GIDDENS, London, 1982, p. 176, che sottolinea la presenza di un evolucionismo “ottimistico” ed asettico, poiché poco attento al ruolo dei conflitti tra classi sociali.

¹⁵⁴ Così PEDRAZZOLI, *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998, Milano, 1999, p. 118. Coerente a tale tendenza la distinzione tra “primo” e “secondo” principio, al centro dell’impostazione di RAWLS, *op. cit.* Si veda pure la netta separazione proposta da DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, *op. cit.*, p. 91 ss., tra “principi” – da osservarsi “non perché provochino o mantengano una situazione (economica, politica o sociale) desiderata, ma in quanto sono un’esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale” – ed appunto “politiche”. L’altro “bersaglio” delle critiche di DWORKIN sono le “regole” giuspositive, nonché (soprattutto) il giuspositivismo teorizzato da HART: v. pp. 90 ss. e 157 ss.

tradizione liberale dello Stato di diritto"¹⁵⁵. In molti hanno in effetti osservato come pure la tutela dei "diritti di libertà negativa" finisca con il dipendere da "analoghi confronti utilitaristici fra diritti e fra persone"¹⁵⁶. Non si è d'altra parte esitato a definire *conditional opportunities* "tutte le specie di diritti"¹⁵⁷ e non solo quelli sociali.

Vero è tuttavia che l'impostazione della teorica di Marshall, elaborata in tutt'altro momento storico, finisce per risultare "sorda" a rilevanti problematiche contemporanee: dal riconoscimento di importanza alla autonomia individuale "come idea centrale per una concezione non angusta dei diritti di cittadinanza"¹⁵⁸, alla considerazione dei "nuovi diritti" definiti di terza e quarta generazione¹⁵⁹.

Ma è soprattutto l'elemento di effettività, nel descritto scenario della globalizzazione, a mettere in crisi l'elaborazione: secondo Marshall "il mercato avrebbe cessato di essere un produttore di disegualianza ... Oggi un'affermazione del genere rischierebbe di passare per un vero e proprio abbaglio teorico o per una provocazione politica"¹⁶⁰.

Di fronte allora allo "scacco" comunitario (oltre che alla resa marxista), un interessante tentativo di contrapporsi alla prospettiva neo-liberista – oltrosia di verificare "se nell'ambito delle società 'postindustriali' ci sia spazio per un'esperienza della democrazia e dello Stato di diritto che non sia totalmente subordinata al modello del mercato e alla sua logica selettiva e concorrenziale"¹⁶¹ – appare essere quello repubblicano.

Quest'ultimo indirizzo potrebbe essere tenuto in particolare considerazione in Italia, poiché vede come eminente punto di riferimento l'opera di Niccolò Machiavelli ed in particolare i *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*¹⁶². Si tratta di orientamento importante negli Stati Uniti d'America, ove è ad es. alla base del tentativo di revisione, in chiave anti(o forse meglio pre)-liberale,

¹⁵⁵ Così ZOLO, *op. cit.*, p. 29 ss. L'autore precisa alla p. 31 che "mentre l'ineffettività del diritto del lavoro è, ad esempio, una condizione del tutto normale entro lo Stato sociale di diritto, non lo è in nessun modo la sospensione dell'inviolabilità del domicilio o del diritto di voto o delle garanzie della proprietà privata e delle regole mercantili di formazione dei prezzi".

¹⁵⁶ Così BELLAMJ, *op. cit.*, p. 233, il quale aggiunge che "in realtà il costo della sicurezza totale è probabilmente tanto al di là dei nostri mezzi quanto la garanzia del benessere di tutti, e la sicurezza perfetta potrebbe essere realizzata solo a un costo morale altrettanto inaccettabile". V. pure RODOTA, *op. ult. cit.*, p. 304.

¹⁵⁷ Così ZOLO, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁸ Così ZOLO, *op. cit.*, p. 13, riprendendo HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, 1989 (Cambridge, 1987).

¹⁵⁹ Accanto agli autori citati alla nota precedente, si veda soprattutto BOBBIO, *Introduzione a L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. XIV ss. Cfr. pure BALLESTRERO, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, *op. cit.*, p. 87 ss.

¹⁶⁰ Così ZOLO, *op. cit.*, p. 25. Come pure è stato detto, "l'accresciuta differenziazione sociale e il corrispondente pluralismo etico e cognitivo connessi alle tendenze globalizzanti delle economie contemporanee non solo hanno generato una moltitudine di pretese contrastanti, ma hanno reciso alla radice qualunque base comune per una loro riconciliazione". Così BELLAMJ, *op. cit.*, p. 248.

¹⁶¹ Così ZOLO, *op. cit.*, p. 14. V. pure BRILLANTE, *Cittadinanza e democrazia* e VERTOVA, *Cittadinanza liberale, identità collettive, diritti sociali*, in *La cittadinanza*, a cura di ZOLO, *op. cit.*, rispettivamente pp. 215 e 201.

¹⁶² Si deve a POCOCK, *The Machiavellian Moment, the Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, New York, 1975, ed a SKINNER, *Machiavelli on the Maintenance of Liberty*, Pol, 1984, 18, nonché *The Foundation of Modern Political Thought*, Cambridge, Mass., 1997, all'interno del movimento c.d. neo-repubblicano, la valorizzazione del pensiero di MACHIAVELLI e su tale scia, poco più di un secolo dopo in Inghilterra, di HARRINGTON, così come il distacco dal repubblicanesimo tradizionale, di ascendenza aristotelica. Il repubblicanesimo aristotelico e machiavelliano sono rispettivamente definiti, da SKINNER, *civic humanism* e *classical republicanism*. V. CASALINI, *Diritti, cittadinanza e Costituzione repubblicana*, RP, 1999, p. 13. V. pure SABINE, *Storia delle dottrine politiche*, Milano, 1981 (Austin, 1937, I ed.; 1961, III ed.), p. 380 ss.

della storia costituzionale di questo Paese¹⁶³. In Europa continentale è probabilmente Jürgen Habermas a rappresentare, per taluni aspetti, la più rilevante figura di riferimento.

L'impostazione repubblicana focalizza l'attenzione su una serie di elementi, solo parte dei quali appartenenti pure alla tradizione liberale. Tra di essi la virtù civica, nella dimensione individuale come nell'attenzione al profilo sociale e collettivo; la partecipazione attiva alla vita pubblica, con grande rilievo accordato alla sovranità popolare ed alla democrazia rappresentativa; il primato della legge e la necessità dell'eguaglianza di fronte ad essa; la c.d. *dialogic reason*, al cui centro si pone l'"accordo" (in contrapposizione al mercato delle *lobbies*), come modalità di individuazione delle soluzioni¹⁶⁴; il bene comune, come elemento cui tendono tutti gli altri e nel contempo di questi costituisce il prodotto.

Si tratta pertanto di approccio assolutamente attento al profilo della autodeterminazione individuale e collettiva; in cui appunto il bene comune - piuttosto che entità già costituita, da disvelare, reclamare ed acquisire – costituisce dato instabile da costruire e mantenere. In questo ordine di idee il conflitto risulta elemento positivo di dinamismo sociale¹⁶⁵.

Partendo da tale prospettiva, è allora sollecitato "l'abbandono dell'idea liberale secondo cui l'individualità di ciascuno è sostanzialmente un dato di natura che ha solo bisogno di uno spazio libero per manifestarsi": questa va sostituita "con l'idea che l'individualità nasce entro un reticolo di relazioni potestative e che libertà e autonomia possono solo essere conquistate"¹⁶⁶. Ancora più crudamente: "i diritti soggettivi non sono che l'altra faccia del conflitto in una società complessa: vivono e muoiono con esso"¹⁶⁷.

Si tratta in ogni caso di "diritti istituzionali e non diritti dell'uomo": nel senso che derivano "dalle particolari leggi e convenzioni su cui si accordano i cittadini che partecipano al processo politico", senza costituire "supposte verità normative trascendenti"¹⁶⁸.

Secondo impostazioni minoritarie anzi, l'approccio repubblicano conduce in primo piano, piuttosto che diritti, "doveri politici motivati prudenzialmente", i quali "rappresentano le precondizioni della discussione politica e del processo decisionale fra una pluralità di attori e di istituzioni approssimativamente uguali"¹⁶⁹. Il passaggio è controverso, esponendo al "rischio

¹⁶³ L'operazione, volta a valorizzare in particolare il ruolo di JOHN ADAMS, ALEXANDER HAMILTON, THOMAS JEFFERSON e soprattutto JAMES MADISON, nella redazione della Costituzione statunitense, vede il significativo intervento, assieme ad altri, di AMAR e HIRSCH, *The Bill of Rights*, New Haven, 1998; MICHELMAN, *Supreme Court, 1985 Term-Foreword: Traces of self-government*, HLR, 1986, p. 4; SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass., 1993. Cfr. pure BLAU, *Movimenti e figure della filosofia americana*, Firenze, 1974 (New York, 1952), p. 45 ss.

¹⁶⁴ Cfr. POCKOCK, *The Machiavellian Moment ... cit.*, p. 255, nonché SUNSTEIN, *Beyond the Republican Revival*, YLJ, 1988, p. 1554.

¹⁶⁵ Non a caso viene valorizzato il fatto che "contro una venerabile tradizione che aveva demonizzato la divisione e la contesa, Machiavelli sostiene che in determinate condizioni il conflitto sociale ha per effetto l'allargamento della cittadinanza e incrementa la coesione sociale attraverso 'leggi e ordini in beneficio della pubblica libertà': si tratta della "prima valutazione positiva del conflitto sociale nell'Europa protomoderna". Così BACCELLI, *op. cit.*, pp. 144 e 161.

¹⁶⁶ V. SANTORO, *Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale*, in *La cittadinanza*, a cura di ZOLO, *op. cit.*, p. 125.

¹⁶⁷ Così ZOLO, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁸ Cfr. BELLAMI, *op. cit.*, p. 250. Una impostazione assai diversa in DWORKIN, *op. cit.*, il cui approccio ai diritti ha chiare venature giusnaturalistiche. Cfr. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001 (New York, 1995), p. 92 ss.

¹⁶⁹ Così BELLAMI, *op. cit.*, p. 253 ss.

dell'autoritarismo"¹⁷⁰: riflette però con particolare efficacia la peculiarità di accenti della proposta.

Quanto allora alla cittadinanza, è una "nozione politica" ad essere privilegiata. "Politica in un duplice senso: in quanto si contrappone alle concezioni organicistiche ed etnicistiche, e in quanto riconosce la preminenza ai diritti politici come diritti riflessivi, precondizioni dell'attività per ottenere ed espandere gli altri diritti"¹⁷¹.

Come in particolare ha indicato Habermas, "la componente repubblicana della cittadinanza si svincola dall'appartenenza ad una comunità prepolitica, integrata sulla base della discendenza, della tradizione o della lingua comune ... La nazione dei cittadini non trova la propria identità in affinità etnico-culturali, ma nella prassi dei cittadini stessi che esercitano attivamente i propri diritti democratici di partecipazione e di comunicazione"¹⁷².

Rispetto infine alle problematiche legate alla globalizzazione, il disegno repubblicano ricerca "una risposta politica alle sfide della costellazione postnazionale", come si esprime sempre Habermas: occorre più in particolare chiedersi "come sia ora possibile 'chiudere politicamente – senza regressioni – una società mondiale globalmente intrecciata e altamente interdipendente'"¹⁷³. Le "regressioni" nell'occasione paventate sono quelle che, secondo la ricostruzione di Karl Polanyi, hanno a suo tempo condotto al fascismo, individuato come "tentativo fallito di chiusura politica"¹⁷⁴.

Pur consapevole del fatto che l'ipotesi di "'ri-regolazione' della società mondiale non ha nemmeno assunto la forma di un progetto esemplare, illustrato su esempi", Habermas prospetta una *global governance* la quale veda come protagonisti "i governi nazionali", ma prima ancora "le loro stesse popolazioni"¹⁷⁵.

4. Percorsi della dottrina giuridica del lavoro in Italia.

Partendo dai descritti presupposti concettuali, Jürgen Habermas sostiene che "la differenza pubblicamente percepibile tra Margaret Thatcher e Tony Blair impallidisce soprattutto in quanto la

¹⁷⁰ V. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 313. Cfr. pure DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 62, che parla di "tesi apparentemente plausibile, ma pericolosa, e soprattutto illiberale", a proposito del "motto supremo della nuova politica" sostenuto da GIDDENS: "niente diritti senza responsabilità".

¹⁷¹ Così BACCELLI, *op. cit.*, p. 161.

¹⁷² Così HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale*, in *Morale, diritto, politica*, a cura di HABERMAS, Torino, 2001 (Frankfurt am Main, 1992), p. 109.

¹⁷³ Cfr. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, *op. cit.*, p. 65. V. pure p. 33.

¹⁷⁴ Così HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 64. La tesi di POLANYI è sostenuta in *La grande trasformazione*, *cit.*, in particolare p. 281 ss. Parla di "latente pericolo del fascismo" anche DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁵ Affinché "ci siano innovazioni, occorre dunque che le élite politiche abbiano trovato risonanza anche in una preliminare modificazione degli orientamenti di valore delle loro popolazioni": ciò rendendo decisivo il fatto che "nelle società civili e nelle sfere pubbliche politiche dei più ampi regimi in via di formazione (per esempio in Europa ...) si stia formando una coscienza civica a livello mondiale, una coscienza che ci costringa, per così dire, ad essere solidali sul piano cosmopolitico". In armonia con il punto di vista repubblicano, i "destinatari primi" del messaggio di HABERMAS "non sono i governi ma i cittadini, ... i movimenti civici, ... i movimenti sociali", nel cui ambito attenzione particolare viene data a "quei partiti politici che non si siano ancora del tutto estraniati dalla società dei cittadini per rinchiudersi e barricarsi dentro il sistema politico". L'obiettivo è "creare un'Europa sociale che sia capace di gettare il suo peso sull'equilibrio cosmopolitico complessivo". Così HABERMAS, *op. ult. cit.*, pp. 101 e 24 ss.

nuova sinistra si adegua a una visione etica del mondo che è tipica del neoliberismo. Alludo alla disponibilità ad accettare sul piano etico una 'forma di vita orientata al mercato mondiale', vale a dire ad affidarsi all'*ethos* che pretende di trasformare tutti i cittadini in 'impresari del proprio capitale umano'¹⁷⁶.

La globalizzazione – ed anzi, meglio, i caratteri con cui questa si sta al momento imponendo – sembra in effetti costituire cornice ineluttabile delle scelte di volta in volta assunte dai Governi nazionali. Rare sono ad es. in Italia puntualizzazioni di esponenti del Governo, ovvero di politici di opposizione interessati a formulare proposte "di governo", le quali facciano proprie alcune delle pur non rivoluzionarie osservazioni critiche, parte delle quali si è cercato di descrivere, sulla globalizzazione. Ciò può trovare spiegazione in una dimensione di breve o brevissimo periodo, che pare essersi impadronita della prospettiva politica; ma – a ben guardare e seguendo le riflessioni di Habermas – potrebbe semplicemente risultare conforme a quell'*ethos* che, lasciando ai singoli individui la scelta e responsabilità delle proprie azioni, come direbbe von Hayek, comporta una "retrocessione" e quasi un "dimagrimento" (anti-repubblicano) della politica stessa.

Ne derivano chiare conseguenze su quella che potrebbe essere definita la "vocazione riformistica" della politica: ma prima ancora sullo stesso concetto di "riforma". Implicazioni che, in questo contesto di studio, merita seguire nell'atteggiamento della dottrina giuslavoristica italiana, al cospetto di una disciplina – avente a proprio costante fulcro tematico il "mercato del lavoro" – in tumultuosa quanto rilevante modificazione negli ultimi venti anni¹⁷⁷.

Gli studi che innanzitutto hanno a proprio diretto oggetto la globalizzazione costituiscono numero contenuto: ciò risultando imputabile anche a tendenziale inafferrabilità, come già si diceva, del fenomeno investigato, in particolare all'interno di un approccio tecnico specialistico. Va menzionato il contributo di Adalberto Perulli, il quale pone in Italia, all'interno di un saggio monografico, "il tema relativo alla dimensione sociale della liberalizzazione del commercio internazionale"¹⁷⁸.

¹⁷⁶ *Op. ult. cit.*, p. 114.

¹⁷⁷ Si menzionano – tra i provvedimenti principali, in ordine cronologico che procede dai più recenti – la l.d. 14 febbraio 2003, n. 30, attuata con d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "in materia di occupazione e mercato del lavoro"; la l. 24 giugno 1997, n. 196, "in materia di promozione dell'occupazione"; la l. 23 luglio 1991, n. 223, "in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazioni di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro"; la l. 28 febbraio 1987, n. 56, recante "norme sull'organizzazione del mercato del lavoro"; il d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito con modificazioni in l. 19 dicembre 1984, n. 863, recante "misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali".

¹⁷⁸ V. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999. A fronte di un evidente rischio di "decostruzione del diritto del lavoro" (pp. XV, XVII), conseguente al processo di globalizzazione, l'autore innanzitutto valorizza – ed in sede tecnica analizza – l'istituto della "clausola sociale", con tale locuzione intendendosi "peculiari norme aventi ad oggetto i diritti sociali internazionalmente riconosciuti (*core labour standard*) che gli Stati (nella loro attività di produzione e applicazione del diritto) e, conseguentemente, le imprese (nella loro veste di datori di lavoro), devono rispettare per poter godere di determinati benefici indotti dalla liberalizzazione del commercio internazionale, ovvero per evitare di incorrere in vere e proprie sanzioni economiche" (p. 24). Per una impostazione critica, quanto alla "imposizione della clausola sociale negli accordi commerciali", v. però HEPPLÉ, *Diritto del lavoro, diseguaglianza e commercio globale*, DLRI, 2001, p. 29 ss. Nell'opera di PERULLI ci si occupa altresì dei codici di condotta delle imprese multinazionali nonché di una peculiare esperienza "regionale" di regolamentazione sociale connessa al NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), contesto di riferimento assai rilevante, se non altro per la forte disomogeneità di sviluppo socio-economico dei Paesi componenti (l'area comprende Canada, Messico e Stati Uniti d'America): si tratta della disciplina contenuta nel NAALC, *North American Agreement on Labor Cooperation*. Come osserva PERULLI, p. 186, "il meccanismo dell'accordo non riposa sulla ricerca di una legislazione minima uniforme di lavoro; quale fonte di rapporti obbligatori, la Parte II del NAALC impegna ogni Paese a promuovere l'osservanza della propria legislazione e ad assicurarne l'applicazione efficace".

Autorevole ma probabilmente minoritario appare l'indirizzo che, dedicando attenzione al rapporto tra diritto del lavoro e globalizzazione, avverte i rischi come le incoerenze cui è stata data qui notevole considerazione. Mario Giovanni Garofalo, a proposito della globalizzazione, parla di fenomeno in grado di accentuare la "subordinazione delle società alle esigenze del mercato": si mostra tuttavia incredulo rispetto alla possibilità "che il sistema dei rapporti di produzione possa esimersi dall'assumere, almeno in parte, i costi della connessione sociale"¹⁷⁹.

Anche l'assai cauto e disincantato ottimismo manifestato da Umberto Romagnoli si lega alla convinzione che il diritto del lavoro sia indispensabile "allo sviluppo dell'economia capitalista" e nel contempo duttile e "spregiudicato" abbastanza da servirsi dei più diversificati e forse anche sospetti strumenti (dalle clausole sociali, ai codici etici e di condotta delle imprese multinazionali, al c.d. *soft law*): "come l'equilibrista sul filo ... il diritto globale del lavoro potrà avere soltanto il coraggio di andare avanti"¹⁸⁰.

Ancora Riccardo Del Punta, dopo essersi ampiamente confrontato con l'approccio economico (e politico-filosofico) liberale, nelle sue varie articolazioni, rileva la permanenza di una "tensione fondamentale fra un diritto del lavoro, che è nato per correggere il mercato a tutela della persona, ed un'economia che, pur di volta in volta correggendola, non intende minimamente staccarsi dall'ipotesi fondamentale della scelta razionale individuale"¹⁸¹.

Gran parte dei riferimenti dottrinali nazionali, diretti ed indiretti, agli effetti della globalizzazione (piuttosto che alla globalizzazione), reca invece con sé segno differente, innanzitutto nel metodo delle opzioni espresse. Elemento comune, rispetto a sviluppi anche differenziati, è dato dall'accettazione innanzitutto teorica – oltre che nella politica del diritto – dello scenario di globalizzazione, così come ora si presenta. Non viene pertanto dedicata sostanziale attenzione alla possibilità o praticabilità di modelli diversi; sono invece e piuttosto tratte conseguenze, pur non coincidenti, sulla modalità migliore di interazione con il processo medesimo, al fine di ottenere vantaggio nel "gioco" di competizione economica globale tra sistemi nazionali: da ciò derivando – viene assunto – benefici pure per i lavoratori (italiani).

Si finisce pertanto sovente con l'assecondare (talora programmaticamente) lo *shopping* e *dumping* sociale, presentando alle imprese nazionali e multinazionali le condizioni ritenute più appetibili: ciò divenendo baricentro nonché parametro di efficacia delle misure – innanzitutto, per quanto ora interessa, sul mercato del lavoro – introdotte.

L'importanza dell'indirizzo, cui è nelle linee di fondo consentanea l'evoluzione della regolamentazione positiva, è anche registrabile all'interno di effetti indotti di ordine culturale. Per formulare un esempio piuttosto significativo, i termini "riforma" e "riformista" vengono strettamente connessi proprio all'operazione di adeguamento richiesta dalle nuove dinamiche internazionali; simmetricamente "conservatore" diviene chi si oppone alle "necessarie" novità. Rimarcabile risulta – si ripete – più che il giudizio di merito, il parametro esclusivamente utilizzato per formulare questo.

¹⁷⁹ V. M. G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, DLRI, 1999, pp. 24 e 28 ss.

¹⁸⁰ Cfr. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, op. cit., pp. 572, 574 ss., 576.

¹⁸¹ Cfr. DEL PUNTA, op. cit., p. 38. Su questo presupposto concettuale – il quale conduce innanzitutto ad una rilettura e "sistematizzazione" della teorica del contratto sociale – viene ad es. realizzata l'imponente architettura ricostruttiva proposta da RAWLS, *Una teoria della giustizia*, op. cit.

Resta però ambiguo, nelle argomentazioni di volta in volta utilizzate, se la flessibilità ulteriore da innestare (e concretamente innestata) sul mercato sia richiesta dalle evoluzioni dei sistemi economici ovvero, come pure si afferma, contribuisca come tale al miglioramento della qualità del lavoro e quindi alla condizione esistenziale del prestatore.

Così come non vi è chiarezza sulle finalità di volta in volta esplicitamente connesse alle “riforme” auspiccate e realizzate: l'intento di riduzione del tasso di disoccupazione, sottolineato per anni, è stato ad un certo momento “scalzato” – in una con rilievi secondo cui diveniva improvvisamente incerto quanto a lungo costantemente sostenuto: e cioè il benefico effetto della flessibilità sulla riduzione del tasso di disoccupazione – dall'obiettivo di aumento del tasso di occupazione¹⁸².

Sembrerebbe tuttavia opportuno interrogarsi sulla coerenza ed idoneità di quest'ultimo novello riferimento, all'interno di una discussione - in sede nazionale ma anche comunitaria - clamorosamente mancata. Se infatti, come indicato da una pubblicistica ricchissima ed oramai quasi risalente¹⁸³, il sistema economico, grazie alle innovazioni tecnologiche, può prescindere dal lavoro come mezzo di produzione e comunque non garantisce “universale” crescita occupazionale (la mitica “piena occupazione”) neanche nelle congiunture favorevoli; se insomma l'occupazione è destinata a divenire sempre più chiaramente risorsa scarsa ed anzi “il lavoro dei più diventa pressoché superfluo per la creazione del benessere nazionale”¹⁸⁴, che senso ha – anche per le connesse ricadute culturali, psicologiche e di “cittadinanza sociale” sulle persone – cercare di incrementare il tasso di occupazione?

A meno che non si aderisca all'opzione, autorevolmente sostenuta, per cui “il lavoro ... non è più la fonte del reddito, dell'identità sociale e dello sviluppo economico, bensì è uno strumento di controllo sociale. Senza lavoro per tutti il mondo si destabilizza completamente”¹⁸⁵.

In presenza tuttavia di un affastellamento argomentativo non sempre convincente, resta il nudo dato, da cui si era partiti, della pura e semplice - potrebbe anzi dirsi solerte - adesione a schemi richiesti dai vincoli della globalizzazione.

È opportuno menzionare alcune elaborazioni, le quali si segnalano per originalità nei contenuti, autorevolezza dei proponenti, influenza concretamente avuta.

¹⁸² Ai sensi dell'art. 1, comma 1, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, “Le disposizioni del presente decreto legislativo ... si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente e sono finalizzate ad aumentare ... i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro”.

¹⁸³ Si vedano, tra i tanti, AZNAR, *Lavorare meno per lavorare tutti*, Torino, 1994 (Paris, 1993); BECK, *op. cit.*, p. 61 ss.; BRUNETTA, *La fine della società dei salariati*, Venezia, 1994; DUMAZEDIER, *Sociologia del tempo libero*, Milano, 1993 (Paris, 1974); FORRESTER, *L'orrore economico*, Firenze, 1997 (Paris, 1996); GALLINO, *Se tre milioni vi sembrano pochi*, Torino, 1998; M. G. GAROFALO, *op. cit.*, p. 20; GORZ, *Il lavoro debole. Oltre la società salariale*, Roma, 1994, nonché ID, *Miseria del presente. Ricchezza del possibile*, Roma, 1998 (Paris, 1997); LUNGHINI, *Lavori, disoccupazione e bisogni sociali, Inchiesta* (aprile-giugno), 1995, p. 12 ss.; MÉDA, *Società senza lavoro. Per una nuova filosofia dell'occupazione*, Milano, 1997 (Paris, 1995); PEDRAZZOLI, *Forme giuridiche del lavoro e mutamenti della struttura sociale*, in *Il diritto dei disoccupati*. Studi in onore di KOICHIRO YAMAGUCHI, a cura di BIAGI e SUWA, Milano, 1996, p. 308 ss.; RIFKIN, *La fine del lavoro*, *op. cit.*; VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, 2004, p. 12.

¹⁸⁴ Così DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁵ Cfr. DAHRENDORF, *ult. cit.*, p. 62 ss. Ci si può altresì chiedere perché solamente esigenze di breve/medio periodo, se non vere e proprie emergenze (ad es. il finanziamento degli enti previdenziali), debbano assumere rilievo esclusivo o comunque determinante, nell'ispirare indirizzi politici con impatto assolutamente profondo per milioni di cittadini e lavoratori.

All'opera di Pietro Ichino si deve una prima notevole "scossa", metodologica e di merito, rispetto alla riflessione giuslavoristica tradizionale. L'autore ricorre programmaticamente all'ausilio dell'analisi economica del diritto: sono sottolineati i benefici di conoscenza che ne derivano, respingendosi nel contempo l'opinione di chi segnala "controindicazioni". In particolare "capire il lavoro come merce, ovvero studiare i meccanismi di mercato, è indispensabile per poter fare sì che il lavoro non sia soltanto una merce, per difendere la persona di cui esso è espressione dal pericolo a cui il mercato può esporla, là dove un pericolo effettivamente esiste, ma farlo in modo efficace ed evitando o riducendo al minimo gli effetti secondari non desiderabili dell'intervento"¹⁸⁶.

Accogliendo in particolare una lettura interpretativa, appunto tratta da specifico modello teorico economico - secondo cui nel mercato occorre distinguere, all'interno dell'offerta di lavoro, tra *insiders* ed *outsiders*, i primi occupati e tutelati ed i secondi in cerca di occupazione -, l'autore prospetta una riduzione degli elementi di protezione dei primi, motivata con l'obiettivo di realizzare incremento di occupazione ovvero, attraverso un aumento del *turn-over*, complessiva migliore distribuzione di opportunità di lavoro¹⁸⁷.

L'intera riflessione di Ichino è assai attenta alla dimensione di effettività, cui parrebbe attribuirsi sempre e comunque l'"ultima parola"¹⁸⁸. Tuttavia - potendo essere e risultando discusse le singole proposte di merito - questo impedisce all'autore di immaginare/progettare differenti contesti; o comunque gli fa ritenere inutile interrogarsi sulla complessiva accettabilità dello scenario

¹⁸⁶ Cfr. P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e lavoro*, RIDL, 2001, I, p. 197, nonché ID, *Replica*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro tenutesi a Trento, il 4 e 5 giugno 1999, Milano, 2000, p. 365. Si osserva tuttavia che "capire il lavoro come merce" potrebbe (anche) condurre ad accettare una impropria assimilazione, a propria gravida di potenziali conseguenze negative, in sede teorico-ricostruttiva così come di indirizzo politico: cfr. POLANYI, *op. cit.*, p. 88 ss., il quale inserisce tra le "merci fittizie" - tali per motivi ovviamente molto diversi - "lavoro, terra e moneta". V. pure la ricostruzione di SOLOW, *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Bologna, 1994 (Oxford, 1990), nonché FUMAGALLI, *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, RGL, 2001, I, p. 223 ss. Alla luce dell'impostazione dell'autore non si comprende d'altra parte la critica pubblicamente avanzata - intervenendo alle giornate di studio Aidlass, dedicate ad "Autonomia individuale ed autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme", tenutesi ad Abano Terme e Padova il 21 e 22 maggio 2004 - all'impegno del termine "mercificazione", nel titolo del Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003, a cura di GHEZZI, recante *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004.

¹⁸⁷ Cfr. ANDREA e PIETRO ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro*, *op. cit.*, p. 495 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, p. 104 ss. V. su tale impostazione DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 17 ss.; P. LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, 1999, p. 573 ss.; GHEZZI, PUGLIESE, SALVATI, *Tre commenti al Il lavoro e il mercato di Pietro Ichino*, DLRI, 1997, p. 163 ss.; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, DML, 2000, p. 415 ss.

¹⁸⁸ V. P. ICHINO, *Replica*, *op. cit.*, pp. 373 ss. Anche la fruizione metodologica di *Law and Economics* potrebbe essere spiegata all'interno di questa opzione: si tratta in effetti di supporto concettuale assai rilevante, in ambito giuridico (accanto alle teoriche "restrittive" dei diritti di cittadinanza elaborate in particolare da DWORKIN e NOZICK), rispetto ai concreti fenomeni che stanno incidendo profondamente sulle società dell'intero mondo. Secondo REBUFFA, *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, *op. cit.*, p. 25, l'analisi economica del diritto costituisce "schema che descrive ... i principi di una filosofia economica liberista, di una filosofia politica utilitaristica, di una *jurisprudence* (prescrittiva) 'a direzione di diritto privato'". Si individua qui come "grave limite analitico", il fatto che "la razionalizzazione secondo criteri di efficienza sulla base del calcolo costi-benefici, che propone come tecniche distributive 'contratto' e 'responsabilità', non riguarda tutti i beni ma solo alcuni. E in particolare quelli già qualificati e definiti 'beni economici'. Si tratta pertanto di una costruzione settoriale che trascura sia l'analisi dei processi di qualificazione degli oggetti (e delle situazioni) come 'beni'; sia alcuni problemi affrontati in sede di *jurisprudence* come '*moral issues*': per esempio i problemi di distribuzione del bene 'potere politico'". Si veda pure MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, *op. cit.*, p. 141 ss. Per le ricadute sul diritto del lavoro, cfr. P. LOI, *op. cit.*, p. 547 ss.

socio-economico dominante¹⁸⁹.

Un saggio piuttosto recente di Tiziano Treu, già Ministro del lavoro ed ispiratore della l. n. 196/1997, reca nel titolo l'opzione prescelta di politica del diritto: "Il diritto del lavoro: realtà e possibilità". La "globalizzazione" è in tal caso presa in considerazione come uno dei "due principali fattori di trasformazione", assieme alle "nuove tecnologie". L'autore, proponendosi di evitare il rischio della "difesa oltranzistica dell'esistente", così come "la pulsione a 'inventare di sana pianta modelli nuovi'", procede "su basi induttive": scopo dell'approfondimento è "una ricontestualizzazione degli obiettivi come degli strumenti" del diritto del lavoro, ritenuta essenziale se questo "vuole continuare a essere utile e 'sincero', cioè a corrispondere efficacemente ai nuovi bisogni dei lavoratori, quelli in carne ed ossa, come si usa dire. Il test è oggi più rigoroso che mai, perché un diritto del lavoro inefficace ha non solo minori possibilità di contrastare il mercato, ma è più facilmente di ieri accusabile di ostacolare la competitività e quindi il benessere del Paese"¹⁹⁰.

Segue una analisi assai articolata: per riprendere sintetica ed efficace espressione di Treu, ripensamenti teorici e regolativi devono collegarsi al "fatto ... che il diritto del lavoro, con i suoi diversi protagonisti e le diverse fonti, è chiamato a soddisfare bisogni materiali e immateriali più complessi, di quelli propri dell'industrialismo"¹⁹¹. Tuttavia balza all'occhio la considerazione della globalizzazione come fattore sottratto a condizionamenti di sorta (certamente, se ben si comprende, incondizionabile dalle "politiche future" che attraverso il saggio ci si propone di orientare¹⁹²): al problema del governo dei processi di globalizzazione viene in effetti dedicato un breve riferimento finale, valorizzandosi l'intervento di una Unione europea "politicalmente e democraticamente rafforzata"¹⁹³.

Nell'occasione quindi i "bisogni dei lavoratori ... in carne ed ossa" sembrerebbero quelli "possibili", all'interno delle logiche dominanti del mercato: non certo quelli realmente espressi ed in verità ben esprimibili, secondo una concezione della vita diversa da quella che oggi pare senza alternative. Si dubita allora che tale approccio conduca, come auspicato da Massimo D'Antona, a "ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto"¹⁹⁴.

Anche nell'assai complesso disegno di "modernizzazione del diritto del lavoro" proposto da

¹⁸⁹ Così P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, op. cit., p. 112: "In difesa della severità dei giudici nell'accertamento del giustificato motivo di licenziamento potrebbero ripetersi tutti gli argomenti cui abbiamo accennato all'inizio del capitolo: senza una tutela contro il licenziamento, le condizioni di lavoro sarebbero complessivamente peggiori. E potrebbe aggiungersi che non soltanto gli *insiders* sono interessati al mantenimento di questa tutela, ma anche gli *outsiders*, ai quali può convenire di fare un po' più fatica a trovare lavoro se la prospettiva è quella di trovare un posto più stabile, in condizioni di maggiore dignità, sicurezza e libertà. Questo argomento, però, come abbiamo già osservato, regge soltanto se e nella misura in cui l'*outsider* abbia una effettiva prospettiva di accesso all'occupazione regolare e stabile entro un lasso di tempo ragionevole. Se invece il mercato del lavoro è compartimentato al punto da relegare stabilmente l'*outsider* nell'area della disoccupazione o del lavoro irregolare o non tutelato, egli non può evidentemente essere in alcun modo cointeressato con l'*insider* al mantenimento di un regime di stabilità dei posti di lavoro regolari, proprio perché questo regime si chiude in sé stesso escludendolo".

¹⁹⁰Cfr. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, ADL, 2000, pp. 468, 470, 471.

¹⁹¹ Op. ult. cit., p. 521.

¹⁹² Op. ult. cit., p. 471.

¹⁹³ Op. ult. cit., p. 535. V. pure il breve riferimento in TREU, *Politiche del lavoro*, op. cit., p. 75.

¹⁹⁴ V. D'ANTONA, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in D'ANTONA, *Opere*, a cura di CARUSO e SCIARRA, I, Milano, 2000 (1998), p. 249 ss.

Marco Biagi, alle origini del “Libro bianco sul mercato del lavoro” nonché, con ulteriori notevoli aggiustamenti, della l. n. 30/2003 e del d. lgs. n. 276/2003, si censura un “diritto” sviluppatosi “per regolare un mercato nazionale”; “quindi palesemente inadatto a svolgere una funzione in un contesto in cui il mercato è ormai divenuto continentale e globale”¹⁹⁵.

L'autore prospetta un riassetto sostanziale del diritto del lavoro classico, uno dei cui punti nevralgici va rinvenuto nel superamento dell'attuale “contesto normativo che inibisce a datori e prestatori di lavoro di concordare condizioni in deroga non solo alla legge ma anche al contratto collettivo”¹⁹⁶. Alla base del progetto sta la “nuova filosofia – che è poi la filosofia del legislatore comunitario e di quei Paesi europei che meglio si sono orientati alla modernizzazione del diritto del lavoro – volta a eliminare gli ostacoli alla competitività delle imprese e all'adeguamento del quadro legale al dato socio-economico, pur nel rispetto di una cornice di diritti sociali fondamentali”¹⁹⁷.

Infine merita rivolgere breve attenzione ad una questione di grande fascino ed importanza: quella della liberazione del lavoro dal “regno della necessità” di cui parlava Karl Marx¹⁹⁸; ovvero, come pure detto, della prospettiva di “una società senza ambizioni da sottomessi, senza fatica da subordinati”¹⁹⁹.

All'interno del dibattito nazionale il tema affiora, di rado con questa nettezza e capacità suggestiva, nel momento in cui viene prospettata – da molti e da tempo – una valorizzazione della autonomia individuale dei prestatori subordinati; inoltre e soprattutto a proposito della configurazione e sistematica delle fattispecie di lavoro. Significativa, anche perché probabilmente sensibile (se bene si intende) proprio all'esigenza di “liberazione” sopra segnalata, la ricostruzione proposta da Marcello Pedrazzoli, il quale individua proprio nel lavoro autonomo la fattispecie “fondamentale” per l'universo intero delle forme giuridiche di lavoro: il “contenuto minimo, immancabile e caratteristico di ogni lavoro inteso non solo nel suo principale rilievo sincronico, ma anche in quello diacronico”²⁰⁰.

Senonché anche sotto questo profilo potrebbero sorgere equivoci. Quasi venti anni addietro, in un importante saggio il quale mantiene tuttora grande attualità, Gaetano Vardaro rilevava la presenza, frutto di introduzione delle “nuove tecnologie”, di una “radicale divaricazione fra subordinazione tecnica e subordinazione esistenziale”: per la prima si prospettava una “riduzione obbiettiva”; per la seconda invece “crescita soggettiva”. In tale ultimo caso, sosteneva Vardaro, è “lo stesso modo di ragionare del lavoratore” che “deve piegarsi alla logica della macchina”²⁰¹: oggi –

¹⁹⁵ Così BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, 2001, I, pp. 260 e 259.

¹⁹⁶ *Op. ult. cit.*, p. 261 ss.

¹⁹⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 259/260. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, a cura di TIRABOSCHI, Milano, 2004, p. 10 ss., parla invece di “valorizzazione della persona come elemento per temperare le ragioni della competitività delle imprese con le istanze di tutela del lavoro”.

¹⁹⁸ V. *Il Capitale*. Vol. III, Roma, 1965 (London, 1894), p. 933.

¹⁹⁹ Così HEILBRONER, *The Act of Work*, Washington, 1985, p. 22.

²⁰⁰ Cfr. PEDRAZZOLI, *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 110. V. pure ID, *Forme giuridiche del lavoro e mutamenti della struttura sociale*, *op. cit.*, p. 322.

²⁰¹ Cfr. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, PD, 1986, p. 122 ss.

in un mondo che nega autonomia di decisione persino alle Nazioni - potrebbe dirsi “alla metafisica della globalizzazione”.

Dal dibattito sulla configurazione tecnico-giuridica delle fattispecie di lavoro occorre allora fare attenzione a non trarre indebite conclusioni sull’imporsi di “scenari” di tipo post-moderno, i quali vedano prevalere “la libertà” nei rapporti di lavoro²⁰². Quest’ultimo costituisce esito del tutto auspicabile: ma certamente è ben lungi dall’essere qui ed ora; per ottenerlo occorrono le medesime “lotte” e gli “sforzi incessanti”²⁰³ richiesti dal governo della globalizzazione.

5. La crisi della tutela collettiva.

Costituisce opinione diffusa quella per cui ad essere “colpite” dalla globalizzazione con particolare forza - se non potenzialità addirittura distruttive - sono in particolare le forme tradizionali di protezione collettiva: in prospettiva la tutela collettiva stessa.

L’idea fondamentale, di origine liberale, che concentra la propria attenzione sull’individuo, costituisce elemento esplicativo assai significativo – di ordine culturale e (potrebbe dirsi) “antropologico” - rispetto a tali conclusioni. Il radicamento nazionale dell’esperienza sindacale (ed anzi la tradizionalmente gelosa rivendicazione di peculiarità nazionali di mobilitazione collettiva) – a fronte di un interlocutore storico, l’impresa, che invece può oggi operare negli (e tra gli) Stati - non fa che confermarne la plausibilità.

La discussione internazionale sulla globalizzazione, che pure non di rado analizza gli effetti da questa indotti sul lavoro e la tutela dei prestatori, sostanzialmente ignora il sindacato: quasi che appartenga per definizione all’universo ormai radicalmente messo in discussione dai nuovi fenomeni. Nel noto libro di Ulrich Beck, dedicato al “lavoro nell’epoca della fine del lavoro”, i riferimenti al sindacato si contano sulle dita di una mano: e sempre a proposito di esperienze confinate nel passato; non se ne parla neanche trattando di “conflitto” o “solidarietà organizzabili”. Il monito finale dell’opera, volto a sollecitare una “reazione” alla globalizzazione, è rivolto ai “cittadini cosmopoliti”, a “movimenti e partiti cosmopoliti”²⁰⁴.

La dottrina giuridica del lavoro italiana ha occasionalmente affrontato (anche) il problema degli effetti della globalizzazione sulle manifestazioni di tutela collettiva, con osservazioni riportabili a due ordini di prospettiva piuttosto diversi. Per un verso si osserva, con ragione, che “quasi tutte le modifiche intervenute nel quadro economico e sociale degli ultimi anni, costituiscono elementi di difficoltà per l’azione sindacale: dalla frammentazione delle strutture produttive, alla privatizzazione di molti settori e aziende, alle modifiche della forza lavoro, alle pressioni della

²⁰² Così BECK, *op. cit.*, p. 82. Cfr. *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del post-fordismo in Italia*, a cura di BOLOGNA e FUMAGALLI, Milano, 1997; DURAND, *La Chaîne invisible*, Paris, 2004, p. 277 ss.

²⁰³ Così DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 68. V. pure HEILBRONER, *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁴ V. BECK, *op. cit.*, p. 253 ss. Analogamente nell’opera di HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, *op. cit.*, p. 253 ss., la quale non focalizza tuttavia la propria attenzione sulle connessioni tra globalizzazione e lavoro. RALF DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 84, dedicando attenzione al “moderno conflitto sociale”, d’altra parte così commenta: “com’era semplice la lotta di classe, se paragonata alle forme individualizzate, imprevedibili, a lungo invisibili, in cui si esprime l’opposizione ai poteri dominanti nel mondo globalizzato! Sindacati e confederazioni industriali impegnati in controversie salariali, partiti progressisti e conservatori che si scontrano in Parlamento: è un quadro addirittura idilliaco a confronto del terrorismo, del potere della mafia, della piccola e grande delinquenza”.

competizione globale. Anche ad escludere ogni determinismo, i segni di declino del potere sindacale specie nei luoghi di lavoro sono percepibili ovunque, persino nei Paesi dove questo potere è più considerato". Ciò comportando seri problemi di adeguamento anche per istituti "classici" quanto fondamentali di tutela: così a proposito del contratto collettivo, "i limiti e l'obsolescenza" del quale "nella sua forma attuale sono tangibili"²⁰⁵.

Non senza qualche percepibile iato, si continua tuttavia anche a fare rilevante affidamento proprio sul contratto collettivo: ad es. quando si consegna ad esso la "centrale" questione del governo della "flessibilità" nel mercato²⁰⁶.

Sotto altro ed anzi contrapposto profilo il sindacato è colto invece come figura tutt'altro che moribonda; piuttosto come soggetto "pericoloso" da convertire – potrebbe dirsi - alle contemporanee necessità. Ecco allora che si accenna a nuovi interventi regolativi dell'esercizio del diritto di sciopero, perché "il governo del conflitto in genere" – qui segnalandosi novità non trascurabile, per la tradizione di intervento nazionale – "e specificamente nei servizi essenziali è un'area critica per il diritto del lavoro nell'era della globalizzazione: lasciarla carente costituisce un elemento di pesante svantaggio competitivo"²⁰⁷.

Anche opzioni interessate a rivedere il ruolo svolto dal sindacato nella stagione definita di "garantismo collettivo"²⁰⁸, quanto alla c.d. "concertazione sociale" come al rapporto privilegiato tra contratto collettivo e legge²⁰⁹, si guardano comunque bene dal rinunciare in Italia all'apporto delle organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori. È così evidente, nel recente d. lgs. n. 276/2003, l'intento di "sponsorizzare" un sindacato "diverso" da quello colto – secondo consolidata tradizione - nel regolamentare, attraverso la contrattazione collettiva, i diversi istituti giuridici: si tratta piuttosto di "soggetto" gestore di compiti di servizio²¹⁰. Tuttavia il sindacato dei lavoratori resta – si ripete in Italia – interlocutore di riferimento delle istituzioni, non solo quanto alle politiche del lavoro.

Insomma ci si troverebbe di fronte a soggetto "provato" dalle sfide della globalizzazione; ma non

²⁰⁵ V. TREU, *Il diritto del lavoro tra realtà e possibilità*, op. cit., pp. 496, 497; 527. Cfr. pure CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, op. cit., p. 217; ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, op. cit., p. 13 ss. e 143 ss..

²⁰⁶ Così TREU, op. cit., p. 499. V. pure ICHINO, op. ult. cit., p. 172 ss.

²⁰⁷ V. TREU, op. cit., p. 525. V. pure ID, *Politiche del lavoro*, op. cit., p. 259 ss.

²⁰⁸ Cfr. su di questa D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, DLRI, p. 540 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Garantismo e controllo negli sviluppi recenti del diritto del lavoro*, RGL, 1978, I, p. 654; GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, p. 329.

²⁰⁹ V. BIAGI, op. cit., pp. 261 e 266. Cfr. pure, in relazione al d. lgs. n. 276/2003, TIRABOSCHI, op. cit., p. 25 ss.

²¹⁰ Cfr. GHEZZI, *Presentazione*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, Padova, 2004, p. XVII ss. V. pure F. CARINCI, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, Introduzione al *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, in *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, tomo I, a cura di MISCHIONE e M. RICCI, Milano, 2004, p. LXXII ss.; NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme* e ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, relatori alle giornate di studio Aidlass, dedicate ad "Autonomia individuale ed autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme", tenutesi ad Abano Terme e Padova il 21 e 22 maggio 2004; GIORGIO FONTANA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, L. ZOPPOLI, Napoli, 2004, p. 311 ss. Cfr. ancora gli interventi di MARIUCCI, MARTINENGO, ZILIO GRANDI, F. CARINCI, CESTER, DEL PUNTA, SCARPONI, TORELLI e ROMAGNOLI, su *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale*, LD, 2003, p. 163 ss.

abbastanza da non richiedere, nel nome della competitività d'impresa e sistema, interventi, nei singoli Paesi, di ulteriore "ammorbidimento" e complessiva rieducazione.

Si ritiene che i rischi per l'attività sindacale, al cospetto di fenomeni indotti in ultima istanza proprio dalla globalizzazione, risultino oggi seri.

Individuando in termini sintetici i principali elementi di difficoltà, emerge innanzitutto la problematica della "rappresentanza" di "nuovi soggetti": ovvero sia "la carenza di proposte capaci di interpretare i bisogni materiali e *post* materiali dei destinatari, non solo dei lavoratori atipici, ma anche di quelli tipici, in particolare giovani, come dimostra il crescente divario fra iscritti al sindacato e composizione della forza lavoro"²¹¹.

Il sindacato ha il problema di "intercettare" interessi individuali e collettivi, cui storicamente non ha dedicato attenzione; non facilmente riportabili a sintesi, anche perché talora portatori di istanze contrapposte; rispetto a cui peraltro, considerata la difficoltà complessiva indotta dalle "compatibilità economiche", non è affatto semplice formulare efficaci istanze di protezione.

D'altra parte modifiche decisive – e "crepe" di preoccupante consistenza – si scorgono pure per quanto concerne l'ambito tradizionale, storicamente consolidato, di rappresentanza e tutela: quello dei prestatori innanzitutto operai, tuttora assunti a tempo pieno ed indeterminato, soprattutto in imprese medie e grandi, nel settore industriale. Tale "area" è innanzitutto coinvolta da una sempre più accentuata scomposizione del processo produttivo, con ricorso massivo al fenomeno delle c.d. esternalizzazioni: ciò sottraendo in sostanza al sindacato il controllo del mercato interno alle imprese²¹².

Appare inoltre con chiarezza, in particolare nella vicenda nazionale, una progressiva perdita di capacità del contratto collettivo di perseguire la propria funzione storica: si fa riferimento alla

²¹¹ Così TREU, *Il diritto del lavoro tra realtà e possibilità*, op. cit., p. 529. La "crisi di rappresentanza" – come sottolinea in particolare ANTONIO BAYLOS GRAU, *Quale rappresentanza sindacale a livello sovranazionale?*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, op. cit., p. 174 – è "accentuata forse in modo esasperato" dal "processo di globalizzazione": questa concerne il "sindacato come rappresentante generale della forza lavoro, nei confronti degli interessi di genere, sesso (donne, uomini), d'età (giovani), di nazionalità e di razza (problema dell'emigrazione come fatto fondamentale). Si tratta di categorie e di gruppi che, peraltro, rinviano alla contrapposizione sociale fra occupati-disoccupati". Secondo lo studioso spagnolo, ulteriore riscontro della crisi è rintracciabile "nella difficoltà di definire il ruolo della rappresentanza sindacale ... di fronte alla 'pluralizzazione' della tipologia del rapporto di lavoro ed, in particolare, della nuova configurazione che assume il lavoro autonomo". Il problema, rilevante in Italia più che in altri Paesi europei, diviene ad es. drammatico in America latina, quanto "al settore c.d. informale, ovvero quello della 'subfornitura', dei piccoli esercenti, ... settore ove si verificano forme di esclusione sociale particolarmente forti". Emerge, come pure rileva BRUNO CARUSO, op. cit., p. 218, "il problema del riposizionamento della rappresentanza sindacale costretta a muoversi 'in luoghi di lavoro senza più confini'; da cui proposte, come quella suggerita da una sensibile e intelligente giurista americana, Katherine Stone, che il sindacato industriale reinventi sé stesso magari in guisa di *citizenship unionism*, di sindacalismo della cittadinanza sociale". Ancora v. DURAND, *La Chaîne invisible*, op. cit., p. 305 ss.. Cfr. sul tema pure LETTIERI, *Regole della globalizzazione e deregolazione del lavoro*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, op. cit., p. 163 ss., nonché, da ultimo, GIORGIO FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale*, Torino, 2004, p. 221 ss.; VOZA, op. cit., p. 141 ss.

²¹² Sulle esternalizzazioni v. P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro* nonché ROMEO, *Cessione di ramo di azienda e appalti*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro tenutesi a Trento, il 4 e 5 giugno 1999, Milano, 2000, pp. 3 e 139 ss. V. pure SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, *DRI*, 1999, 351 ss. e VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, *DLRI*, 1988, p. 205 ss. Quanto alle implicazioni sull'intervento dell'autonomia collettiva cfr. LAMBERTUCCI *Area contrattuale e autonomia collettiva*, pure in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, op. cit., p. 87 ss.; LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, 2001, p. 351 ss.; LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi d'impresa*, Torino, 1996; VOZA, op. cit., p. 189 ss.

ambizione di “governo del mercato del lavoro”, questa volta esterno all’impresa, sottolineata in dottrina da una riflessione secolare²¹³.

È sostenibile che il contratto collettivo, come “spontanea” manifestazione della società civile - ed il diritto del lavoro stesso, in quanto serie complessa ed eterogenea di regole disciplinanti il rapporto giuridico tra datore e prestatore subordinato –, abbia garantito una “legittimazione dei rapporti sociali” così come “una razionalizzazione dei rapporti economici”²¹⁴. Ciò però si è storicamente prodotto grazie al fatto che - e nel momento in cui – avveniva una ridefinizione, a vantaggio del “lavoro”, dei rapporti di forza già esistenti nella dialettica con il “capitale”; ed in particolare si realizzava, per indicare un fondamentale elemento specifico, un incremento dei “salari” a danno dei “profitti”.

Tale processo appare in particolare in Italia completamente negletto²¹⁵. A ciò legandosi reazioni sempre più divaricate, da parte del sindacato storico, le quali hanno di recente condotto al fenomeno senza precedenti, nella tradizione nazionale, della stipulazione “separata” (che non ha cioè coinvolto tutte e tre le principali organizzazioni sindacali, vedendo in particolare la mancata sottoscrizione della più importante tra di esse) dell’“accordo di rinnovo” del contratto collettivo nazionale per i lavoratori metalmeccanici²¹⁶.

La “crisi” di rappresentanza sindacale non risparmia pertanto in Italia neanche le c.d. “aristocrazie operaie”²¹⁷: e trova conferma sin troppo clamorosa l’ipotesi di Caruso, secondo cui “concetti

²¹³ Cfr. MESSINA, *I concordati di tariffa nell’ordinamento giuridico del lavoro*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1948 (1904), p. 15. L’importanza e fortuna di questa impostazione può essere seguita attraverso le osservazioni di BORTONE, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Bari, 1992, in particolare p. 144 ss.

²¹⁴ Così PALOMEQUE, intervenendo al Seminario organizzato il 4 aprile 2003 dall’Università di Trento, dedicato a “Lavoro subordinato, lavoro coordinato e dintorni”. Cfr. pure VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 85, il quale in particolare sostiene che “il diritto del lavoro è ... al tempo stesso strumento di razionalizzazione giuridica dell’economia e di razionalizzazione economica del diritto”.

²¹⁵ Ciò emerge sul piano empirico, considerato che il “potere di acquisto” garantito ai prestatori negli anni novanta, attraverso la stipulazione degli accordi di rinnovo dei contratti collettivi nazionali di categoria, risulta inferiore all’incremento inflazionistico. La tendenza trova però soprattutto sanzione esplicita nello stesso accordo del luglio 1993, posto che l’incremento salariale qui preso in considerazione risulta esplicitamente “coerente con i tassi di inflazione programmata”, al livello nazionale (in un quadro fortemente preoccupato “delle tendenze generali dell’economia” e solamente della “salvaguardia” del “potere d’acquisto delle retribuzioni”: obiettivo peraltro mancato, come si diceva); inoltre “strettamente correlato” a specifiche *performances* produttive, al livello aziendale. Su questo ed altri aspetti v. le osservazioni formulate dalla Commissione per la verifica del protocollo del 23 luglio 1993, presieduta da GINO GIUGNI, oggi in GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*. Conversazioni con PAOLA FERRARI e CARMEN LA MACCHIA, Bologna, 2003, in particolare p. 140 ss. Per una più complessa lettura della c.d. “moderazione rivendicativa salariale sindacale”, analizzata pure quanto agli effetti sulla definizione dei “rapporti di forza interni”, cfr. ALES, *Paradigmi giuridici dell’offerta di lavoro e moderazione rivendicativa nell’esperienza sindacale italiana*, DLRI, 2002, p. 249 ss.

²¹⁶ Si tratta dell’ipotesi di accordo stipulata da Federmeccanica, Assisital, Fim/Cisl e Uilm/Uil in data 7 maggio 2003, ma non da Fiom/Cgil. Ulteriori noti casi di “accordi separati” si sono avuti con il Patto Milano lavoro, sottoscritto il 2 febbraio 2000 dal Comune di Milano e dalle associazioni sindacali dei datori e lavoratori ma non dalla Cgil; l’“intesa” del 4 maggio 2001, volta alla “trasposizione” in Italia della direttiva 1999/70/CE, relativa all’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, intervenuta tra sindacati nazionali dei datori e lavoratori ma ancora senza sottoscrizione della Cgil. In precedenza v. pure il contratto d’area di Gioia Tauro, stipulato nel marzo 1999 da Cisl e Uil ma non dalla Cgil; l’ipotesi di accordo del giugno 2000 riguardante il c.d. “lavoro a chiamata” presso il gruppo Zanussi, non sottoscritta dalla Fiom/Cgil e poi “bocciata” dai lavoratori attraverso referendum. Inoltre il “rinnovo” biennale della parte economica. Cfr. LASSANDARI, *Considerazioni a margine della ‘firma separata’ del contratto collettivo nazionale per i lavoratori metalmeccanici*, RGL, 2003, I, p. 709 ss.

²¹⁷ Così MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Milano, 1979, p. 21.

come sindacato e rappresentanza vanno, ormai, coniugati al plurale”²¹⁸.

Riassuntivamente può segnalarsi come la globalizzazione innanzitutto incida sulla stessa identità sindacale, sottoponendo questa a tensioni notevolissime ed inducendo le organizzazioni a rafforzare specifici profili di peculiarità e differenza: ciò rendendo assai difficoltosa – proprio quando l’“aggressione” esterna è più pericolosa e consistente – l’unità dei soggetti come delle proposte.

III. Palingenesi ed epifania dell’autonomia collettiva: il razionale è reale?

“Engels dimostra il carattere rivoluzionario dell’affermazione di Hegel, che il reale è insieme razionale. Tutto ciò è apparentemente reazionario, ma in verità rivoluzionario, poiché Hegel non intende parlando di realtà la situazione di fatto casualmente esistente, ma un essere ‘vero’ e ‘necessario’. Per questo motivo la tesi della *Filosofia del diritto*, tendente in apparenza a conservare lo Stato, può rovesciarsi nel suo opposto, ‘secondo tutte le regole’ del modo di pensare hegeliano: ‘tutto ciò che sussiste è destinato a perire’”²¹⁹.

1. Il sindacato nella globalizzazione.

Le difficoltà in cui versa la tutela collettiva sembrerebbero con ogni probabilità destinate ad accrescersi nei prossimi anni.

Né apparirebbe astrattamente credibile una reazione sul piano sovranazionale, considerato che non si è ad oggi resa manifesta una aggregazione di interessi in tale ambito; che gli elementi di accentuazione delle diversità tra organizzazioni dovrebbero risultare moltiplicati, rispetto a quanto già non avvenga in sede nazionale; che la realtà economica, sociale e (per quel chi qui rileva) sindacale è assolutamente lontana e si direbbe inconfontabile nei diversi Paesi, soprattutto (ma non solo) ove appartenenti al Nord ed al Sud del mondo.

Tuttavia merita sottolineare pure la presenza di elementi, i quali potrebbero invece far propendere per una diversa conclusione: rendendo cioè non del tutto improponibile la prospettiva di una nuova “stagione” della tutela collettiva, impegnata ad uscire dagli “angoli” in cui appare sempre più chiaramente confinata²²⁰. Si fa riferimento a tre ordini di considerazioni, concernenti rispettivamente l’interesse delle organizzazioni sindacali; alcuni esiti della riflessione sulla globalizzazione, per sintetici cenni già descritti; le peculiari caratteristiche dell’intervento regolativo della (e nella) globalizzazione medesima.

È forte innanzitutto l’impressione che, senza un qualche governo del processo di globalizzazione, la tutela collettiva così come l’organizzazione stessa del sindacato siano destinate a perdere gran parte della propria importanza storica se non addirittura a scomparire, come peraltro visibile in alcune rilevanti esperienze nazionali quale la statunitense²²¹. Ciò non a causa del venir meno delle

²¹⁸ V. *Gli esiti della globalizzazione...*, op. cit., p. 219. Secondo l’autore, “la nuova centralità delle risorse umane con il connesso bisogno di sicurezza e di rappresentanza dei nuovi salariati ‘alti di gamma’, contro gli eccessi di individualizzazione e di nevrosi da insicurezza del lavoro post fordista, è probabilmente alla base della riscoperta del *craft unionism* o della diffusione del *business unionism*”.

²¹⁹ KARL LÖWITH, *Da Hegel a Nietzsche*, Torino, 1979, 1ª ed. 1949 (Zürich, 1941), p. 115.

²²⁰ Si vedano le pagine di WALZER, *Esodo e rivoluzione*, Milano, 2004 (New York, 1985).

²²¹ Cfr. GRANDI, *Il modello di sostegno Wagner act: radiografia di una crisi*, RIDL, 1997, I, p. 273.

ragioni che giustificano e richiedono la protezione collettiva dei prestatori (come nelle pagine precedenti si è cercato di mostrare); piuttosto dell'incapacità di quest'ultima di intercettarne i nuovi "bisogni" e soprattutto contrapporsi efficacemente alle istanze che li generano.

Da tale punto di vista la vicenda del partito politico sembrerebbe estremamente diversa da quella del sindacato. Il primo è "ganglio" in qualche modo necessario del modello democratico, il quale appare essere indifferente (se non addirittura funzionale) rispetto alla affermazione della globalizzazione: si tratta in effetti di democrazia sempre più carente dei contenuti ed elementi già elogiati per esempio da Alexis de Tocqueville²²². Ne consegue che il partito politico, anche ridotto a pura organizzazione di apparato, risulterebbe in grado di continuare ad esercitare un ben chiaro e non facilmente sostituibile ruolo sociale.

Si dubita invece che affermazione analoga risulti possibile per il sindacato. Certo anche in tal caso potrebbe emergere una deriva tutta volta a focalizzare l'attenzione sul versante interno e protesa a garantire la pura sopravvivenza organizzativa. Ma anche ove tale tentativo fosse sostenuto dagli ordinamenti nazionali, concretizzandosi ad es. nella scoperta di una prevalente ed in prospettiva sempre crescente vocazione di servizio agli iscritti/cittadini, non si ritiene credibile abbia successo, nel momento in cui il profilo di tutela dei prestatori - coesistente al sorgere ed alla nozione stessa di sindacato²²³ - venga corrispondentemente ridotto e addirittura (sempre in prospettiva) pretermesso.

Anche l'ipotesi-limite di un monopolio pubblico di servizio conferito dagli ordinamenti nazionali ai sindacati (sorta di "riserva naturale" protetta) probabilmente è destinata a cadere, nel momento in cui il sindacato non si distingua da altre organizzazioni, in relazione appunto all'elemento di autotutela collettiva: in tal caso gli Stati non avrebbero più nulla da "richiedere" (soprattutto quanto a consenso sociale), in cambio della attribuzione del privilegio; mentre, sullo stesso piano giuridico, diverrebbe assai difficile difendere quest'ultimo dal sempre più incisivo processo di apertura alle logiche della concorrenza nell'universo globalizzato²²⁴.

Potrebbe quindi in astratto accadere che pure i più moderati e conservatori, tra i funzionari degli apparati sindacali, si accorgano di rischiare di perdere prerogative, poteri e finanche il posto di lavoro, ove non venga elaborata – *rectius* non si provi ad elaborare - una strategia di limitazione e controllo del fenomeno globalizzazione.

D'altra parte il dibattito attorno alla globalizzazione parrebbe aprire più di una teorica possibilità di intervento per il movimento sindacale. L'impostazione di radice liberale, che valorizza le c.d. *capabilities* - ovverosia "libertà sostanziali, o capacità, di scegliersi una vita cui (a ragion veduta) si dia valore"²²⁵ -, altro non fa che richiamare (*mutatis mutandis*) l'obiettivo storico dell'esistenza

²²² V. TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, a cura di MATTEUCCI, Torino, 1969. Cfr. su tale opera MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico*, Bologna, 1984, p. 193 ss.

²²³ V. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in DELL'OLIO e BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980. Cfr. pure LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, op. cit., p. 45 ss.

²²⁴ Si rinvia su tale profilo al paragrafo 3.2.

²²⁵ V. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, op. cit., p. 78. Cfr. pure DEAKIN, WILKINSON, "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, DML, 2000, p. 317 ss., nonché *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, p. 587 ss.; HEPPLE, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, cit., p. 31 ss.; WEDDERBURN LORD, *Common law, labour law, global law*, DLRI, 2002, p. 6 ss.

sindacale, nella relazione con l'impresa.

La valorizzazione delle *capabilities* dei cittadini non assume il medesimo significato attribuibile al sostegno del contro-potere collettivo dei prestatori: tuttavia in entrambi i casi emerge una tensione di emancipazione, aperta al dato sostanziale delle relazioni sociali. Se le *capabilities* dei cittadini costituiscono in particolare condizione in senso proprio dello sviluppo economico, ben potrebbe sostenersi che pure la democrazia industriale garantita dalla presenza sindacale²²⁶ risulti indispensabile al medesimo scopo. Difficilmente può d'altra parte immaginarsi che il "suddito" nel luogo di lavoro sia in grado di rivelare un cittadino consapevole e coinvolto, una volta terminata la prestazione.

Come dire che un sistema socio-economico in linea tendenziale si sviluppi meglio e di più con un sindacato importante nel Paese e nelle fabbriche, di quanto non avvenga senza: ciò quantomeno sino a quando i prestatori non siano in grado di tutelarsi adeguatamente da sé. Aggiungendosi che la presenza sindacale, garante dell'effettività del contro-potere dei lavoratori, lungi dall'essere "liturgica" e formale, deve caratterizzarsi per il pieno e non inibito esercizio delle tradizionali attività di contrattazione e conflitto.

Ma più in generale potrebbe essere la stessa impostazione liberale, nei limiti in cui valorizza le autonome scelte e strategie degli operatori nel mercato (pure del lavoro), a lasciare spazio, sul piano concettuale, ad iniziative di autotutela (anche) dei prestatori. Si tratta certo di un equilibrio – quello tra ideologia liberale e ruolo del sindacato – complesso ed instabile: si pensi solo al rapporto tra "monopolio collettivo" e regole di concorrenza²²⁷. Tuttavia può forse dirsi che l'interesse delle classi sociali dominanti, pur dispiegandosi pienamente, possa giungere ad impedire o reprimere, sul piano formale, la spontanea organizzazione dei prestatori, solamente con "forzature" (certo molto tentanti e non infrequenti) rispetto al modello astratto di sistema²²⁸.

Nelle esperienze sindacali britannica (innanzitutto), statunitense ed anche - con distinti caratteri - italiana, sono in effetti emerse esemplificazioni di una organizzazione sindacale sorta e soprattutto rafforzata secondo dinamiche distinte e tendenzialmente autonome, rispetto agli indirizzi

HEPPLE, accanto agli altri autori citati, valorizza la tesi secondo cui "le leggi nazionali del diritto del lavoro, come quelle sul salario minimo o sulla parità retributiva a favore delle donne, sono destinate a creare a lungo termine produttività e competitività. Un lavoro svalutato conduce a bassa produttività, ostacola l'innovazione e conduce a strategie di breve termine e a perdere competitività. Diritti del lavoro fondamentali sono necessari al fine di correggere questi fallimenti del mercato" (p. 37). Su tale ultimo assunto si veda pure SUPPOT, a cura di, *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, 1999.

²²⁶ Cfr. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985.

²²⁷ Si tratta di relazione sulla cui base sorge, come noto, il diritto del lavoro negli Stati Uniti. Cfr. BRINO, *Il diritto del lavoro nel prisma del diritto alla concorrenza*, tesi di dottorato, cap. I, par. 3; GOULD IV, *A Primer on American Labor Law*, Cambridge, Mass., 1997, p. 9 ss.; WINTER, *Collective Bargaining and Competition: the Application of Antitrust Standards to Union Activities*, YLJ, 1963, p. 14. V. sul tema il paragrafo 3.2.

²²⁸ Dipende come ovvio dalla ricostruzione che di questo viene data. Le teoriche che - come avviene per von HAYEK, NOZICK, DWORKIN, POSNER e CALABRESI, all'interno di *Law and Economics* - affermano la tutela esclusivamente dei diritti individuali, anche *against private coercion* (così POSNER, *The Economy of Justice*, Cambridge, Mass., and London, 1981, p. 18), si rivelano ostili all'intervento sindacale. Seguendo invece RAWLS o SEN, che prendono in considerazione pure le dimensioni aggregative dei cittadini, le conclusioni mutano considerevolmente. Si ritiene tuttavia che la "spasmodica" attenzione dei teorici e dello stesso sistema liberale, nei confronti dell'azione dello Stato, soggetto ritenibile in tale ambito di pensiero "pericoloso" per eccellenza, possa comunque fornire *chances* anche alla reazione collettiva organizzata.

statuali (comunque da un certo momento non ostili)²²⁹.

D'altra parte il punto di vista repubblicano propone un ordine sociale non lasciato alla spontanea interazione tra interessi degli individui ma contemporaneamente non dato ed individuabile a priori: nella specie si valorizza, sul piano civico ed etico, come fattore profondo del cambiamento, il conflitto sociale stesso.

All'interno di analisi critiche della globalizzazione riportabili a tale impostazione, non è raro trovare, nel momento in cui vengono tracciate ipotesi ancora piuttosto informi di reazione, cenni a "cittadini, ... movimenti civici, ... movimenti sociali ... partiti politici" ovvero ancora a "cittadini cosmopoliti ... movimenti e partiti cosmopoliti"²³⁰.

Senza sottovalutare il ruolo potenziale – talora già visibile - di alcuni di questi soggetti, non vi è dubbio sul fatto che il sindacato (per quanto in genere ignorato dalla letteratura in materia) sia l'istituzione di gran lunga più importante, diffusa e strutturata, tra quelle astrattamente coinvolgibili nel disegno ipotizzato. Si tratta di organizzazione presente in buona parte delle Nazioni (comprese le totalitarie); con capacità di radicamento sociale di gran lunga superiore ai partiti politici: di rilievo cioè ancora assoluto in alcuni Paesi occidentali e talora crescente, in aree di più recente sviluppo economico²³¹. Gli enormi problemi che certamente solleva l'ipotesi di una gestione sovranazionale coordinata di tali risorse collettive, appaiono in verità inferiori a quel che implicherebbe una organizzazione sovranazionale di cittadini, consumatori ecc. ecc.

E si aggiunge che il movimento sindacale italiano potrebbe avere ruolo di grande rilievo, all'interno di tale prospettiva, in considerazione del fatto che opera in uno dei Paesi *leaders* nel mondo, quanto a sviluppo economico; con tassi di consolidamento presso i lavoratori che hanno pochi confronti nei Paesi democratici. Forse solamente il movimento sindacale tedesco può essere comparato (o, in relazione a tali dati, preferito) all'italiano²³².

L'interazione tra movimento sindacale e globalizzazione sembrerebbe favorita ancora da ulteriori caratteri. Innanzitutto, per dirla con Baylos Grau, "l'internazionalismo non è un fatto estraneo alla cultura giuridica della rappresentanza sindacale. Esiste nella memoria collettiva di questo soggetto ed è un ricordo che viene associato ad un senso di potere: allora il sindacato soffriva ma era anche in fase di potente crescita"²³³.

Lo sviluppo internazionale del fenomeno di autotutela come della stessa regolamentazione contrattuale, preconizzato agli albori dell'esperienza sindacale probabilmente sulla scorta delle

²²⁹ Cfr., nell'approfondimento nazionale, GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, p. 93 ss.; VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, 1984; VENEZIANI, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale italiano e comparato*, Bari, 1992. Si rinvia sul tema al successivo paragrafo.

²³⁰ Così HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, op. cit., p. 101. V. pure BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, op. cit., p. 253 ss. Per una teoria della "disobbedienza civile" v. RAWLS, op. cit., p. 302 ss. Cfr. altresì DWORKIN, op. cit., p. 268 ss.

²³¹ Così pare si stia verificando in alcuni Paesi emergenti dell'estremo oriente.

²³² Un invisibile filo potrebbe allora astrattamente collegare – se non ci si spinge troppo oltre - il pensiero di NICCOLÒ MACHIAVELLI, tenuto in ben più elevata considerazione all'estero di quanto non accada nel contemporaneo dibattito italiano, con Cgil/Cisl/Uil (innanzitutto), individuate quali sollecitatrici e protagoniste di una reazione sovranazionale collettiva ed organizzata alla globalizzazione.

²³³ V. BAYLOS GRAU, *Quale rappresentanza sindacale a livello sovranazionale?*, op. cit., p. 176.

contemporanee dottrine socialiste²³⁴, nei fatti non si realizzò: prevalsero invece assetti fortemente connessi alla specifica esperienza nazionale di relazioni industriali. Ciò nonostante tale dimensione di intervento, senza aver prodotto risultati strutturati o stabili, appartiene alle radici della dimensione solidaristica di autotutela collettiva dei prestatori.

A proposito del diritto della/nella globalizzazione, c.d. “diritto globale”, sono poi stati individuati elementi in definitiva non incompatibili con l’esperienza sindacale.

Si è così evidenziata “una sensibile tendenza alla privatizzazione e al decentramento della produzione giuridica. Il contratto diventa ... la fonte di ... nuove forme di diritto privatizzato, che nascono all’ombra del mondo della produzione”²³⁵.

Emergerebbe quindi “un percorso giuridico sempre più incerto e accidentato, sempre meno formale, sempre meno leggibile nei soli testi di diritto o nei trattati internazionali”, al cui interno appunto, accanto alle “misure giuridiche commerciali prodotte privatamente dal mondo imprenditoriale” (c.d. *lex mercatoria*) assumono rilievo “direttive, codici di comportamento con diverso potere sanzionatorio, moduli e standard per contratti uniformi, condizioni generali per le transazioni”, esperienze tutte ricondotte alla c.d. *soft law*²³⁶. Al punto da far assumere inedito rilievo, nella dimensione informale del “diritto globale”, alla stessa espressione “orale” del diritto, ben più vicina alla tradizione di *common law* che di *civil law*²³⁷.

Ebbene il carattere duttile, informale e fortemente sensibile al dato fattuale della regola giuridica - dove individuazione, interpretazione e “gestione” finiscono con il coincidere e sovrapporsi, in una costante “riscrittura” condizionata dai rapporti di forza come dalle dinamiche di mercato – non è certo sconosciuto alla disciplina collettiva²³⁸. Ciò rendendo quindi il “nucleo” fondamentale dell’espressione sindacale astrattamente in grado di interagire con il nuovo universo globale assai meglio di quanto non si possa dire per differenti sistemi giuridici.

Infine tra gli “attori” costitutivi del diritto globale, accanto agli Stati, non vanno annoverate esclusivamente le *transnational corporations* alias società multinazionali. Pur nettamente prevalendo il ruolo di queste ultime, assume non irrilevante significato anche la presenza di *transnational*

²³⁴ Cfr. RICHARD, *L’organisation collective du travail*, Paris, 1904, p. 48, secondo cui “è prima l’insieme degli operai di una fabbrica, poi la riunione di operai di più fabbriche, infine la federazione degli operai della professione, federazione, sia regionale, sia nazionale, sia anche internazionale, che ha preteso il diritto d’intervenire al contratto in nome di tutti gli operai interessati”.

²³⁵ Così FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, op. cit., p. 50. La globalizzazione – ancora osserva l’autrice – “sembra aggredire il mondo giuridico europeo-continentale nei suoi moduli più tipici, a partire dall’idea stessa di un diritto che è monopolio dello Stato. Lo stesso non potrebbe dirsi per il diritto nord-americano, che da sempre è esposto all’influenza e all’impulso dei privati e soggetto alle sfide del federalismo: esso dunque presenta caratteri straordinariamente affini al diritto globale, fino al punto da potersi configurare ... quale ‘metafora’ dello stesso” (p. 52). Secondo quest’ultima tendenza, presentata pertanto come nord-americana ed assieme globale, “il diritto è ... sempre cresciuto in modo disordinato e spontaneo, senza darsi troppe preoccupazioni di ordine e coerenza, ispirandosi piuttosto a un ‘paradigma fattuale’” (p. 96).

²³⁶ Op. ult. cit., pp. 90 e 91. Cfr. *Chi ha paura della soft law*, a cura di BALANDI e BANO, con interventi di PASTORE, DISTEFANO, COSTATO, BANO, LD, 2003, p. 3 ss. V. pure DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, DLM, 2003, p. 653 ss. Quanto alla “politica comunitaria dell’occupazione” v. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, p. 61 ss.

²³⁷ V. FERRARESE, op. ult. cit., p. 159 ss.

²³⁸ Rileva VARDARO, op. ult. cit., p. 35, che “nella contrattazione collettiva il documento contrattuale non può assumere quella definitività che assume nelle altre tipologie contrattuali codificate, e pertanto poco si presta al controllo giudiziario”. V. pure GRAGNOLI, *Profili dell’interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000, p. 1 ss.

nongovernmental organizations quali la Croce rossa (tra le più antiche), *Amnesty International*, *Greenpeace*, *Médecins sans Frontière* (cui è stato attribuito il premio Nobel per la pace), *Emergency* (per citare una esperienza italiana) ecc.²³⁹.

Tale constatazione consentirebbe di individuare ulteriore astratta possibilità di intervento anche per il movimento sindacale transnazionale, il quale peraltro ha già da tempo una propria articolazione, vedendo un ruolo predominante della *International Confederation of Free Trade Unions* (Icftu). Il fatto che questa organizzazione (come anche altre strutture sindacali transnazionali minori) non sia sostanzialmente tenuta in considerazione, nella letteratura sul diritto globale, risulta ben esplicativo del ruolo (eufemisticamente) modesto dalla stessa fino ad oggi assunto: a quel che pare, le notevoli differenze tra strutture sindacali aderenti hanno comportato uno stallo nell'attività.

Potrebbe però ben ipotizzarsi - all'interno di questo contesto organizzativo ovvero in sedi e grazie a strumenti diversi - una fase nuova di protagonismo sindacale transnazionale: tale da far almeno acquistare (obiettivo apparentemente non impossibile) la visibilità di organizzazioni quali *Amnesty International* o *Greenpeace*, per esempio.

2. Pluralismo giuridico ed esperienza sindacale.

Un elemento ulteriore appare degno di attenzione, in questa rassegna concernente prospettive e potenzialità di connessione tra attività sindacale e globalizzazione.

Già si precisava come, secondo gran parte delle ricostruzioni, soprattutto il ruolo dello Stato risulti messo in crisi dall'imporsi della globalizzazione: ebbene la storica resistenza (se non oggettiva inattitudine) dell'esperienza sindacale a riconoscersi - o addirittura esaurirsi - nella dimensione giuridica statuale, potrebbe allora astrattamente costituire un vantaggio. Nei limiti cioè in cui quello sindacale costituisce ordinamento originario e distinto rispetto allo statuale, secondo la nota elaborazione di Gino Giugni, così importante nella ricostruzione operata dalla dottrina italiana, meno potrebbe/dovrebbe risultare coinvolto dal ridimensionamento del secondo²⁴⁰.

È ben vero che tale ipotesi viene reiteratamente presentata come "strumento metodologico", impiegabile innanzitutto a fini "conoscitivi", nel tentativo di descrivere adeguatamente proprio i rapporti "tra Stato e ordinamenti minori"²⁴¹: così facendo si cerca di individuare e sottrarre specifici spazi alla pervasività di intervento proprio dello Stato. Tuttavia non va trascurato come il descritto tratto, il quale conduce Giugni a parlare appunto di "ordinamento originario", sia osservato da molteplici rilevanti esponenti della prima riflessione giussindacale²⁴².

²³⁹ Così FERRARESE, *op. cit.*, p. 101 ss.

²⁴⁰ Si fa ovviamente riferimento a GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, *op. cit.*

²⁴¹ *Op. ult. cit.*, p. 16 ss.

²⁴² È proprio GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 21 ss., a rilevare che "la tendenza dei vari aggregati che confluiscono nel mondo sindacale, e in particolare del sistema dei rapporti collettivi di lavoro a qualificarsi come una struttura organizzativa permanente, fondata su peculiari forme di garanzia sociale, e su un nucleo di norme base di tipo 'costituzionale' con elementi di analogia più o meno spiccati verso l'ordinamento della comunità internazionale, ha formato oggetto di frequente e reiterata attenzione da parte della dottrina; segnatamente, di quella dottrina d'oltralpe che, nel profilo della reazione antiesegetica o nel solco della tradizione romantico-germanista, ha, all'inizio del secolo, posto l'accento sulla formazione spontanea di centri di produzione giuridica distinti dallo Stato, riprendendo

Emerge insomma, in specifica connessione alla vicenda di radicamento del sindacato, “una continua tensione tra le ‘categorie’ del diritto statuale ed il ‘diritto vivente’ dei gruppi, un momento di irriducibile antinomia che non è stato in tutto e per tutto composto dalla legislazione che dai primi decenni del secolo ... ha pur considerevolmente modificato la posizione del sindacato nello Stato: una tensione che, se vogliamo, costituisce un particolare aspetto di quel tema perenne che è la crisi del diritto, costantemente presente nel contrasto tra strutture consolidate e strutture in formazione, o, *mutatis verbis*, nell’insuperabile contraddizione tra dommatica e storia”²⁴³.

Le operazioni ed i tentativi di “traduzione”, secondo le categorie statuali di “razionalità formale”, della peculiare “razionalità materiale” manifestata dall’esperienza sindacale, hanno visto all’opera differenziate tecniche²⁴⁴; e senz’altro reso nella più recente evoluzione assai complesso sottolineare la persistente “originarietà” (se non la stessa autonomia) dell’ordinamento intersindacale al cospetto dello statuale²⁴⁵.

Occorre comunque evidenziare significative distinzioni nella situazione dei vari Paesi. Si pensi alla vasta area del Sud-America, dove proprio l’influenza del modello corporativo comporta uno strettissimo legame, anche in presenza di dinamiche politiche democratiche, tra regolamentazione statuale e sindacale²⁴⁶. La legge dello Stato ha pure svolto un (assai differente ma) considerevole ruolo in molti Paesi dell’Europa continentale: così per Germania, Francia e Spagna ad es. Ancora distinto l’approccio, improntato a “forme di legislazione *auxiliary*” piuttosto che “*regulatory*”²⁴⁷, già caratterizzante l’intervento statunitense e (molti anni dopo) italiano, costruito sul presupposto che “la ‘fabbrica costituzionale’ può nascere ... come riflesso indiretto di un rafforzamento legale della tutela sindacale”²⁴⁸. Infine nel Regno Unito è risultato storicamente peculiare (sia pure

e sviluppando i vecchi e sempre validi motivi del ‘diritto vivente’, facendo talora leva sulla complessa fenomenologia economico-istituzionale emersa agli albori del secolo, per impostare i termini di una serrata critica alla dommatica tradizionale”. Sempre nei primi anni del ventesimo secolo in Italia SANTI ROMANO - *L’ordinamento giuridico*, Pisa 1918 - reagendo all’opinione diffusa per cui “non ci sarebbero ... altri veri ordinamenti giuridici se non quello statuale e quello interstatale” (p. 95), non esita ad accostare al diritto internazionale e della Chiesa “l’ordinamento dei gruppi professionali”, di cui risultava “evidente la tendenza ... ad elevarsi da regola *intra partes* in precetto *supra partes*” (p. 102 ss.). “Da ciò” – aggiunge lo studioso – “l’insufficienza della categoria del contratto a rendere l’organizzazione di unioni essenzialmente autoritative. E non sembra che si tratti di un ordinamento giuridico, che possa inquadarsi tutto nell’autonomia concessa agli individui dal diritto dello Stato Secondo noi, siamo in presenza di un fenomeno giuridico a doppia faccia, che non si può completamente spiegare, se non ammettendo che esso si svolga, nel medesimo tempo e con atteggiamenti diversi e magari contrari, nelle rispettive orbite di due distinti ordinamenti giuridici. L’uno è quello dello Stato, e per esso la figura del contratto è, almeno di regola, la sola che può avere rilevanza: tutto ciò che non riesce a comporsi in essa rimane non tutelato da tale ordinamento e rischia anche di essere dichiarato illegittimo. L’altro è l’ordinamento particolare che si concreta in un’istituzione o più istituzioni costituite di gruppi di intraprenditori e di operai, e ciò che pel diritto dello Stato è un contratto, per tale ordinamento vale come un sistema a sé, più o meno autonomo, di diritto obiettivo, che si fa valere con i mezzi di cui l’organizzazione dispone, nell’interno di essa: mezzi che per lo Stato possono anche essere estragiuridici o antiggiuridici, ma che sono viceversa legittimi pel regime speciale cui si riferiscono” (p. 114 ss.).

²⁴³ V. GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 15.

²⁴⁴ Cfr. VARDARO, *op. ult. cit.*

²⁴⁵ V. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992, p. 366 ss., nonché ID, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, DLRI, 2002, p. 96. Cfr. pure le importanti osservazioni di D’ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, *op. cit.*; *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, RIDL, 1987, I, p. 262 ss.; *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, DLRI, 1991, p. 477 ss.

²⁴⁶ Cfr. i primi tre capitoli di ZANGARI, *Diritto sindacale comparato dei Paesi Ibero-Americani (Argentina, Brasile, Cile, Spagna)*, Milano, 1990.

²⁴⁷ Così VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 64.

²⁴⁸ V. GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 90.

con correzione rilevante da parte della più recente legislazione²⁴⁹) il fatto che l'attività contrattuale operasse "con pressoché completa estraneità verso il sistema delle fonti riconosciute, e pertanto non è inesatto affermare che essa vive in una realtà formale perfettamente autonoma"²⁵⁰.

In presenza di contesto innovativo, definito globalizzazione, il quale comporta una allocazione in ambito sovranazionale di molti (ed in prospettiva crescenti) centri decisionali, si tratterebbe allora di recuperare – per ridurre gli effetti negativi che ne conseguono – le origini storiche del fenomeno sindacale, costituitosi nella società ed all'esterno dello Stato; inoltre di valorizzare l'esperienza di tendenziale o più marcata separazione tra Stato e sindacato emersa soprattutto in alcuni Paesi. Tale determinazione risulterebbe importante in sede teorico-ricostruttiva ma prima ancora strategico-operativa, per l'organizzazione sindacale.

L'elaborazione proposta da Gino Giugni, la quale si colloca alla base della peculiare dinamica di interrelazione tra Stato ed esperienza sindacale in Italia, è da questo punto di vista particolarmente significativa, poiché emersa in ambiente di *civil law*²⁵¹.

Circa un ventennio dopo Gaetano Vardaro segnala come in essa, a causa degli aspetti di maggior debito rispetto alla teorica di Santi Romano, non si riesca propriamente – nonostante le esplicite affermazioni – a configurare l'ordinamento intersindacale come originario²⁵². Vardaro contrappone pertanto una lettura – ispirata al funzionalismo di Karl Renner ed alla teoria dei sistemi di Niklas Luhman; la cui legittimazione viene rinvenuta nell'assetto costituzionale italiano –, la quale "configurando come sistema la società e non lo stato, (riguardato anzi come semplice sottosistema della prima), consente di fare di quest'ultimo non più l'entità suprema e generale, destinata a riassorbire al suo interno la pluralità del sociale, ma solo una delle molteplici manifestazioni di questo più vasto pluralismo sociale"²⁵³.

Potrebbe dirsi che mai come ora, in cui si assiste ad una significativa messa in discussione dell'importanza dello Stato, la correzione critica proposta da Vardaro nei confronti della ricostruzione di Giugni appare utile ed opportuna.

²⁴⁹ Cfr. WEDDEBURN LORD, *Common law, labour law, global law*, op. cit., p. 12 ss.

²⁵⁰ Così GIUGNI, op. ult. cit., p. 95.

²⁵¹ L'autore, configurato l'ordinamento come "qualsiasi sistema di norme sulla produzione, che, per sue peculiari caratteristiche, non sia *in toto* riconducibile ad una norma preesistente", ne ravvisa l'esistenza anche "nelle forme più elementari di relazioni contrattuali", posto che in relazione alle stesse si evidenziano il "riconoscimento" della reciproca funzione rappresentativa, e, soprattutto, l'attribuzione al comune accordo del carattere di una fonte permanente per il regolamento collettivo" (op. ult. cit., p. 107). Nella specie le "parti ... hanno fatto qualcosa di più che un puro e semplice contratto: hanno costituito una comunità su basi contrattuali, disciplinando le forme per lo svolgimento di una normazione collettiva, che è divenuta (d'un tratto o gradualmente, a seconda delle varie esperienze storico-sindacali) la regola, per così dire fisiologica, nelle loro reciproche relazioni. Esse hanno, in altre parole, predeterminato in forma più o meno netta una fonte *iure proprio* di produzione giuridica che, per la normalità dei casi, costituirà lo strumento continuativo per la disciplina dei rapporti di lavoro" (p. 109). Al di là delle clausole normative, definite "statiche, non mancherà mai, generalmente, un nucleo di norme dinamiche, miranti a regolamentare una futura produzione normativa, direttamente imputabile all'ordinamento collettivo". Ed "è in questo sistema di regole interne, che predispongono la normazione collettiva, e talvolta ne svolgono l'attuazione concreta, quando addirittura non provvedono a sanzionarne espressamente l'efficacia con mezzi *sui generis* di tutela, che il rapporto di forze, immanente garanzia sociale, l'elemento di potere o di autorità sociale che è legge di vita per i 'gruppi' economici, appare regolato da un particolare contesto di legalità e questo nei suoi momenti essenziali, e, soprattutto, al punto d'origine, rivela, per lo meno alla nostra attuale esperienza, i chiari segni dell'autonomia originaria" (p. 119).

²⁵² L'ordinamento intersindacale teorizzato da GIUGNI gli appariva piuttosto legato al "sistema giuridico-statuale" secondo un coordinamento di tipo eminentemente gerarchico-verticale. Così VARDARO, op. ult. cit., p. 98.

²⁵³ Op. ult. cit., p. 107.

3. Una possibile "strategia" della prassi, tra passato e futuro.

L'intera riflessione riconducibile al pluralismo giuridico si sviluppa a partire dall'osservazione di concreti accadimenti, dei quali si cerca di dare la più idonea rappresentazione. Nel caso di specie invece si formulano considerazioni sulla astratta configurazione di eventi, i quali in concreto non esistono: di cui piuttosto si auspica la nascita e lo sviluppo, contemporaneamente valutandosene le potenzialità di realizzazione.

In questo percorso "rovesciato" la parola decisiva non può allora che pronunciarla la concreta prospettabilità di un ordinamento intersindacale sovranazionale o (a propria volta) globale: assai incerto ma decisivo profilo.

Le osservazioni che seguono preconizzano appunto scenari, in presenza dei quali l'autonomia collettiva potrebbe riacquistare parte del proprio tradizionale "peso" storico (nei Paesi dell'occidente) e comunque considerazione quale soggetto attivo nella globalizzazione. Si tratta di analisi descrittiva del tutto proiettata nel futuro; rispetto a cui può pertanto dirsi siano seri i rischi di sconfinamento nella (poco frequentata) *species* sindacale del genere fantascientifico.

Vengono premesse poche puntualizzazioni, sulla base delle quali saranno formulate le successive.

L'organizzazione sindacale – già lo si rilevava – è da tempo presente in ambito sovranazionale; né sono storicamente mancati, soprattutto oramai alcuni anni addietro, tentativi di governo del processo organizzativo di imprese multinazionali operanti anche in Paesi del terzo mondo: i risultati ottenuti non sono stati duraturi né particolarmente significativi. Occorrerebbe oggi inaugurare una nuova fase di presenza ed azione sindacale, all'esterno dei confini nazionali, del tutto diversa – per caratteristiche così come motivazione ed investimento, da parte delle strutture sindacali – rispetto al pregresso.

Gli obiettivi da raggiungere - al fine di ottenere una parziale riappropriazione sindacale del governo dei mercati del lavoro, interni ed esterni alle imprese - devono andare ben oltre quelle garanzie minime di protezione, allo stato oggetto di discussione in sede internazionale: ovverosia "libertà di associazione e del diritto di contrattazione collettiva; divieto del lavoro forzato e obbligatorio; tutela del lavoro dei minori; divieto di discriminazione"²⁵⁴. Senza sottovalutare affatto l'importanza di questi beni – nonché l'enorme esistente difficoltà ad assicurarne la tutela sullo stesso piano giuridico²⁵⁵ (e si può immaginare in fatto) – viene sottolineato che appare necessario raggiungere o lambire ben di più: per esser chiari la determinazione della "tariffa" volta a compensare il prestatore, nella relazione con l'orario di lavoro e le mansioni svolte.

Infine, seguendo esplicito suggerimento di Umberto Romagnoli, appare importante far tesoro dell'esperienza storica sindacale, come faticosamente sedimentata e sviluppatasi all'interno degli Stati tra secoli diciannovesimo e ventesimo²⁵⁶. Esistono in effetti problematiche, dimensioni e

²⁵⁴ Cfr. PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di SCARPONI, *op. cit.*, p. 108. V. pure ID., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, *op. cit.*, p. 46 ss.

²⁵⁵ V. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 23 ss.

²⁵⁶ V. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, *op. cit.*, p. 572.

varianti, le quali – lungi dal risultare totalmente innovative, come talora parrebbe – già si sono presentate.

3.1. La regola sindacale: clausole normative unilaterali e contrattuali.

Punto decisivo nella prospettata evoluzione è quindi dato dalla formazione di una disciplina sui rapporti individuali di lavoro, che veda parti attive le organizzazioni sindacali operanti in sede sovranazionale: in relazione pertanto ad un costituendo interesse collettivo di corrispondente ampiezza²⁵⁷.

Tale “regola” sembra allo stato più facilmente costituibile (con chiaro eufemismo) in aree “di integrazione economica regionale” quali l’Unione europea (ma anche, in potenza, il Mercosur ed il NAFTA)²⁵⁸. Potrebbe altresì pensarsi ad un riferimento al mercato del lavoro interno di imprese multinazionali: di nuovo in una determinata “area regionale” ma anche, secondo disegno molto più ambizioso, in tutti i Paesi dove queste operano.

Va peraltro da sé che – salvo il nominato “set” di *core labor standards*²⁵⁹; eventualmente arricchito da ulteriori diritti fondamentali²⁶⁰, di cui si preveda l’uniforme applicazione - non appare in alcun modo immaginabile l’individuazione di una medesima disciplina, concernente Paesi con sviluppo economico incomparabile: così normalmente appunto accade per una grande impresa multinazionale ma si verificherebbe nella stessa area NAFTA (che - viene ricordato - comprende Canada, Messico e Stati Uniti d’America).

Si dovrebbe pertanto trattare di un sistema distinto di regole, ritenute tuttavia armoniche una rispetto all’altra secondo determinazioni emergenti in sede collettiva. Quanto alle tecniche utilizzabili, potrebbe esemplificativamente essere fatto riferimento alle clausole sui minimi salariali introdotte negli accordi interconfederali italiani dei primi anni cinquanta: si individuavano allora importi distinti, in relazione a settore produttivo, territorio, sesso ed età²⁶¹.

Nel caso qui analizzato i differenziali (non necessariamente i medesimi indicati) dovrebbero essere ben più numerosi e consentire distinzioni talora assolutamente più consistenti.

Ma la tipologia ed incidenza quantitativa degli elementi di articolazione normativa sono ovviamente legati all’ambito di applicazione preso in considerazione: va così ad es. escluso, innanzitutto per la presenza di una specifica ed articolata regolamentazione antidiscriminatoria²⁶², che

²⁵⁷ Sul concetto di interesse collettivo si rinvia a PERSIANI, *Saggio sull’autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, pp. 111, 141, 166 e SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, RDC, 1971, I, p. 154 ss.

²⁵⁸ V. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 104 ss.

²⁵⁹ Così PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali*, *op. cit.*, p. 110, nonché ID., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, *op. cit.*, p. 179 ss.

²⁶⁰ Cfr. VALDE’S DAL-RE’, *Fundamental rights of the worker*, in *Compendium of general reports al XVII° World congress and social security law*, tenutosi a Montevideo dal 2 al 5 settembre 2003, Montevideo, 2003, p. 37 ss.

²⁶¹ V. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, p. 41.

²⁶² Cfr. da ultimo, all’interno di una vastissima pubblicistica, BARBERA, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, nonché CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell’impresa*, RGL, 2002, pp. 768 ss. ed 805 ss. Quanto all’esperienza di contrattazione in ambito europeo e/o comunitario v. GRANDI, *La contrattazione in Europa: progetti, modelli, problemi irrisolti*, EL, 2000, n. 2, p. 19 ss., ora in GRANDI, *Sindacalismo libero, legge e contrattazione collettiva*, Roma, 2003, p. 307 ss.; LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999; VENEZIANI, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell’Unione europea*, RGL, 1998, I, p. 239 ss., nonché *Globalizzazione e contrattazione collettiva europea: frammenti di una strategia*, *op. cit.*, p. 181 ss.. Con specifico riferimento all’esperienza dei CAE, Comitati aziendali europei, v. i contributi raccolti in *Globalizzazione e relazioni industriali*, a cura di GUARRIELLO e LEONARDI, Roma, 2003.

una regola operante nell'area della Comunità europea possa ammettere differenze retributive connesse al sesso. Ove invece analoga soluzione fosse introdotta rispetto a Paesi del terzo mondo, in conformità a prassi qui del tutto diffuse (peraltro ben radicate pure in Italia fino a quaranta anni addietro: e non a caso "registrate" in sede collettiva, allora con il beneplacito della stessa dottrina e giurisprudenza), il ragionamento sulla stessa portata discriminatoria della previsione (oltre che sull'opportunità dell'inserimento della clausola) diverrebbe assai più delicato e complesso.

Certamente importanza del tutto centrale dovrebbe in ogni caso essere accordata al differenziale territoriale, chiamato a tollerare, in una prospettiva che guardi a regole operanti in Nazioni occidentali come del terzo mondo, differenze enormi.

Particolarmente significative potrebbero al riguardo rivelarsi esperienze "pilota" o sperimentali, che guardino ad imprese multinazionali radicate in più continenti: poiché si prestano a far emergere un primo – sia pure ancora assai semplificato – prospetto di parametri, con portata tendenzialmente globale²⁶³.

Non è tuttavia pensabile che la menzionata regola sia in prima battuta individuata in sede contrattuale: gli sforzi dovrebbero piuttosto essere rivolti a definire una previsione intersindacale unilaterale, stabilita dalle organizzazioni dei Paesi coinvolti. Appare in effetti interessante ricordare come "ancora prima del momento in cui, attraverso il 'riconoscimento' formale della coalizione operaia come permanente portavoce degli interessi del gruppo, si costituisca il nucleo primario di un ordinamento professionale a base contrattuale, i gruppi operai associati provvedono a disciplinare in forma unilaterale le condizioni di lavoro, stabilendo una serie di criteri di condotta uniformi, che la controparte non riconosce, se non soggiacendo, di fatto, al potere della coalizione avversa. Il regolamento unilaterale assume perciò, prima ancora della diffusione dei concordati bilaterali, una evoluta complessità strutturale"²⁶⁴.

Occorrerebbe allora, tornando ad esemplificazione prospettata, che i rappresentanti dei lavoratori operanti nelle fabbriche di una determinata società multinazionale, assieme ai sindacati coinvolti (in Italia di categoria ma anche - per la novità, importanza e difficoltà dell'esperienza -

²⁶³ Occorre peraltro tener conto, tra i molti elementi, pure del fatto che il trattamento garantito dalle multinazionali ai prestatori propri dipendenti risulta non di rado migliore di quello assicurato da imprese locali. Prevedere comunque – se si consente una simulazione in materia di retribuzione, ove peraltro sono inventate di sana pianta le cifre - che il trattamento "equo" per una determinata attività svolta presso una società multinazionale (attività che qui si ipotizza, ancora semplificando molto, sia la medesima nei vari luoghi), corrisponda a 10.000 in Francia e 200 in Thailandia, potrebbe consentire di individuare primi elementi di riferimento, tendenzialmente validi per l'intero settore dove opera la multinazionale, nell'area europea così come indocinese (o magari addirittura occidentale, con integrazioni ad alcuni Paesi asiatici, da una parte; ed orientale, dall'altra). Ad essi potrebbero connettersi degli intervalli di tolleranza, nel cui ambito appunto comprendere tutti i Paesi del primo e secondo "universo": rispettivamente consentendosi ad es. variazioni, sempre "dando i numeri", tra 15.000 e 5.000, ovvero tra 50 e 500. Questi primi ipotetici indicatori di massima dovrebbero poi essere ulteriormente definiti ed affinati, in un processo di ovvia grandissima complessità.

²⁶⁴ Così GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 97, nota 3. Precisa ancora l'autore che l'opera di LEROY, *La coutume ouvrière*, Parigi, 1913, contenente "una esauriente indagine sulle pratiche sindacali vigenti in Francia anteriormente alla prima conflagrazione, è dedicata quasi esclusivamente all'analisi delle attività unilaterali direttamente imputabili alla coalizione operaia; la stessa *tarif* vi è descritta come un obbligo solidale degli operai a non accettare condizioni diverse da quelle sanzionate dalla volontà del gruppo. Così l'esempio più caratteristico di sanzione sindacale che l'autore ci porta è una sanzione unilaterale prevista dallo Statuto della *Fraternité des Corroyeurs maroquins* di Marsiglia del 1871 ("*Tout patron, qui pour une cause illégitime mettrait un ouvrier à la porte ou le forcerait à quitter l'atelier de son gré sera passible du chômage de son atelier*").

interconfederali), concordassero tra di loro un primo sistema regolativo. Va da sé che l'iniziativa non potrebbe che essere assunta dai sindacati occidentali, in considerazione delle risorse di norma incomparabilmente superiori di cui sono in possesso²⁶⁵: ma l'obiettivo dovrebbe implicare un fattivo coinvolgimento – nella costruzione dell'articolazione normativa utile – dei sindacati e lavoratori di tutti gli Stati dove la società multinazionale opera²⁶⁶.

Della regola unilaterale va quindi proposta l'applicazione all'impresa.

A questo punto si prospettano differenti ipotesi, anche in considerazione della pervasività della disciplina stessa.

Non è innanzitutto del tutto improbabile, in taluni casi, che la società multinazionale accetti quest'ultima, prendendola in considerazione alla stregua di "buone pratiche"²⁶⁷: si tratterebbe di una traduzione formalmente unilaterale di un sistema regolativo, di provenienza sindacale, che ha la medesima caratteristica. Il peculiare procedimento di formazione della clausola concretamente introdotta farebbe comunque emergere l'"anima" e sostanza bilaterale di questa; l'applicazione della stessa, d'altra parte, è già ben in grado di appagare il sindacato, rafforzando la diffusione ed il consolidamento di prassi analoghe.

L'ipotesi che la società multinazionale non accolga *sic et simpliciter* la proposta sindacale apparirebbe tuttavia ben più frequente. In tal caso potrebbe emergere una formale interazione con il sindacato, alla ricerca di un assestamento della regola secondo le diverse ulteriori esigenze individuate dall'impresa: ciò implicando un primo importante riconoscimento dell'interlocutore; e potendo altresì in potenza condurre alla fondamentale novità di un accordo vero e proprio.

Può infine emergere un rifiuto della proposta sindacale, esplicito o per fatti concludenti.

D'altra parte – e forse ancora più frequentemente – pure la concreta applicazione di regole (contrattuali od unilaterali) formalmente introdotte, con tutta probabilità è in grado di porre rilevanti problemi al sindacato.

A questo punto, in un *habitat* assai meno influenzato dai disposti positivi degli ordinamenti degli Stati di quanto sia mai storicamente accaduto, diviene decisivo il profilo dell'autotutela.

3.2. Il problema della *soziale Exekution*.

Fin dalla prima riflessione sugli specifici caratteri delle obbligazioni ricadenti su datore di lavoro (ovvero sua associazione di appartenenza) ed organizzazione sindacale dei lavoratori, all'interno

²⁶⁵ Nel perseguimento del disegno ora prospettato – o di altra dinamica con impatto sovranazionale – sembra fondamentale per il sindacato (in particolare) occidentale individuare al proprio interno un nuovo ceto di "funzionari" negoziatori (chiamati in prima battuta ad operare soprattutto in sede intersindacale, come si accennava), di elevata formazione e competenza; poliglotti e disponibili ad assai frequenti spostamenti nell'intero globo. Si pensa a tecnici, sia pure con necessarie capacità e sensibilità di lettura "politiche"; all'occorrenza da "strappare" alle stesse società multinazionali; soprattutto da retribuire (non come garantiscono queste ultime ma in ogni caso) profumatamente (e probabilmente proteggere anche fisicamente per decenni).

²⁶⁶ La regola individuata dovrebbe concernere l'insieme di questi, a prescindere dal fatto che i sindacati di qualcuno dei Paesi coinvolti non abbiano (potuto/voluto) partecipare alla formazione della stessa: in quest'ultimo caso saranno le altre organizzazioni ad individuare una ipotesi di articolazione locale.

²⁶⁷ V. NADALET, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di "globalizzazione"*, LD, 2002, p. 131.

del contratto collettivo, se ne è sottolineata la portata “politico-sociale”, prima che “giuridico-formale”. Ciò avviene con particolare lucidità e consapevolezza nella riflessione di Hugo Sinzheimer, il quale “non si illudeva che i meccanismi risarcitori del sistema di sanzionamento civile delle obbligazioni *ex contractu* fossero effettivamente idonei a garantire l’esecuzione delle reciproche obbligazioni. L’adempimento di queste ultime poggiava innanzitutto sulla *sociale Execution*, su quelle che oggi chiameremmo le ‘sanzioni intersindacali’ e, solo in via ipotetica e del tutto residuale, sui meccanismi risarcitori del diritto privato codificato”²⁶⁸.

Ebbene è opinione largamente diffusa che proprio l’efficacia – o addirittura la prospettabilità stessa – dell’autotutela collettiva sia radicalmente messa in crisi (ed in prospettiva negata) dal processo di globalizzazione: gli strumenti di pressione sindacale, lungi dal rimuovere le resistenze dello storico interlocutore dialettico, l’impresa, provocherebbero effetti ancora più negativi per i prestatori in lotta, nel momento in cui lo spostamento della produzione in altra località, anche esterna alla Nazione di appartenenza, farebbe perdere il lavoro agli stessi.

In tale conclusione, a parere di chi scrive, c’è minore verità di quanto normalmente non si tenda a ritenere²⁶⁹. A ben guardare, in effetti, l’esemplificazione - ma anche, non di rado, la concreta prassi - illustrata non descrive il fallimento della sanzione collettiva come tale: piuttosto la decisiva inadeguatezza connessa all’inesistenza di un interesse collettivo aggregato sovranazionale nonché di una regola (unilaterale o bilaterale) in tale ambito emergente. Si tratta appunto del profilo cui già è stata dedicata attenzione e che costituisce il vero (enorme) “snodo” problematico, nell’adeguamento sindacale alla dinamica economica globale.

Ipoteticamente (ed ottimisticamente) risolto quest’ultimo, parrebbe invece proprio che strumenti di pressione sociale siano – domani come oggi; e come ieri – bene ed efficacemente utilizzabili dalle organizzazioni sindacali.

Occorre però probabilmente sottolineare differenze, nella relazione con scenari di breve, medio e lungo periodo.

Una volta in effetti completato il lungo e difficile percorso volto a costituire l’interesse collettivo sovranazionale, parrebbero fruibili tutti gli strumenti di autotutela storicamente utilizzati, a partire dallo sciopero stesso. È forse possibile che “il rimescolamento dei confini tra i gruppi sociali” nonché “la riduzione del segmento che storicamente ha fatto ricorso a questo modello di autotutela collettiva”, conduca ad una riduzione della “rilevanza sociale dello sciopero”²⁷⁰. Tuttavia nello scenario qui ipotizzato (si ripete: di lungo periodo e dichiarato ottimismo) ci si troverebbe il fronte a strumento, cui la stessa dimensione globale di confronto potrebbe conferire nuova vitalità: si pensi alle notevolissime possibilità di articolazione dell’iniziativa di astensione collettiva.

Nel breve e medio periodo invece – nella fase già descritta in cui la società multinazionale, secondo l’esemplificazione proposta, respinge od in concreto non dà applicazione alle (prime) regole elaborate in sede intersindacale – (ovvero anche in prospettiva, se i dubbi sopra espressi si rivelassero fondati) certamente gli strumenti “classici” di autotutela ed in particolare lo sciopero

²⁶⁸ Cfr. VARDARO, *op. ult. cit.*, p. 6. V. pure GIUGNI, *op. ult. cit.*, p. 119 ss.

²⁶⁹ Rileva peraltro SENNET, *L'uomo flessibile*, *op. cit.*, pp. 137 e 138, che “l’economia globale non fluttua liberamente nello spazio ... I luoghi hanno potere, e la nuova economia potrebbe restarne vincolata”.

²⁷⁰ Così CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, *op cit.*, p. 125.

appaiono di ben difficile impiego. Infatti l'astensione dei lavoratori dei Paesi del terzo mondo, non sindacalizzati né (ancora) rafforzati dall'azione collettiva, i quali pertanto subiscono uno squilibrio sovente abissale nel contratto di lavoro, risulta del tutto improbabile; mentre lo sciopero dei prestatori nei Paesi più sviluppati – pur non dovendosene sempre e comunque rilevare l'improficuità – rischia, come si diceva, di essere inefficace o addirittura controproducente, proprio in quanto isolato.

In tale cruciale fase storica dell'ipotizzato processo di radicamento sovranazionale della presenza sindacale, apparirebbe allora miglior avviso utilizzare altri strumenti di pressione sociale: ed il più efficace di tutti potrebbe rivelarsi il boicottaggio delle merci prodotte o dei servizi forniti (innanzitutto) dalle società multinazionali con cui si è in conflitto²⁷¹.

Si tratta di modalità di azione con una (ormai risalente) tradizione nel modello statunitense di relazioni industriali ma quasi ignota ai sistemi europeo-continentali (e certamente all'italiano), la quale parrebbe offrire oggi all'organizzazione sindacale molteplici vantaggi: può essere gestita esclusivamente (o quasi) nei Paesi occidentali, senza che in alcun modo ne risenta la capacità di pressione (a differenza di quanto accade per lo sciopero); non produce alcun danno ai prestatori, sul piano del sinallagma contrattuale; consente un coinvolgimento, accanto ai prestatori, della ben più vasta area di cittadini "sensibili" alle istanze cui la peculiare manifestazione è rivolta.

Emergerebbe pertanto una immanente dimensione politica della pressione sociale, con un notevolissimo allargamento del tradizionale concetto di solidarietà tra prestatori ed una vera e propria ridefinizione della nozione di cittadinanza nell'ordinamento intersindacale. Forse una manifestazione - potrebbe dirsi ancora - di quel "passaggio dallo sciopero al potere di coalizione, come asse del conflitto sociale", da taluni già preconizzato²⁷².

Ad un'iniziativa di tal fatta, la quale – ove organizzata da soggetti radicati, con milioni di iscritti, nei diversi Paesi - coinvolga parte significativa dei prestatori e degli stessi cittadini "amici", nell'occidente ricco e consumista, si crede che tutte le multinazionali (comprese le più grandi e potenti) risulterebbero molto sensibili. Il boicottaggio anzi, per potenzialità e dimensioni assumibili, potrebbe risultare arma fin troppo distruttiva; da usare quindi con parsimonia ed intelligenza (dopo alcune iniziali probabilmente necessarie dimostrazioni): in grado però forse contemporaneamente di smentire quell'immagine di sindacato inevitabilmente destinato a subire le scelte delle imprese (in particolare) multinazionali, nella sostanza e comunque in prospettiva "debellato".

Sul piano strettamente giuridico il boicottaggio pone delicati problemi di compatibilità con le regole sulla concorrenza, tradizionalmente presenti negli Stati Uniti d'America ed oggi assai importanti nell'Unione europea. L'intero fenomeno sindacale e lo stesso contratto collettivo sono stati a dire il vero coinvolti, in particolare stando all'esperienza statunitense, nella dialettica con le

²⁷¹ Oltre a CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 125, cfr. MACNEIL, *Labour Picketing and consumer Boycotts: Judicial Ideology in Kmart and Allsco*, *CLEJ*, 2000, n. 8, p. 79 ss.; SUPLOT, *Revisiter les droits d'action collective*, *DS*, 2001, p. 702.

²⁷² Cfr. CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 102; SUPLOT, *op. ult. cit.* Secondo CARUSO, il "passaggio dallo sciopero a ciò che si è indicato con il sintagma concettuale 'potere di coalizione' implica una fase in cui il conflitto nella società, in molte sue espressioni, si separa dallo sciopero (nella sua configurazione sociale tipica e nella sua proiezione giuridico formale) e si mette al servizio di interessi parziali e contingenti, di rivendicazioni ambientali, o di tipo identitario di livello locale e/o territoriale ma anche sociale (il *consumerism*), di pressioni lobbistiche e/o politiche istituzionali, di generiche istanze anti globalizzazione" (p. 103).

regole sulla concorrenza: la soluzione di compatibilità storicamente accolta ha valorizzato la specifica funzione dell'attività sindacale – come oggi sembrerebbe avvenire pure in ambito comunitario²⁷³ - ma anche descritto e prefissato le caratteristiche dell'azione ritenuta legittima²⁷⁴.

Sotto quest'ultimo profilo, non è affatto detto che l'impiego del boicottaggio, come qui preconizzato, risulti conforme ad importanti regole operanti in più Paesi dell'occidente.

Anche tali previsioni però – come la loro interpretazione - sono oggetto di disputa nel confronto sovranazionale. Mentre – come può dirsi per la serie delle manifestazioni collettive – il sistema giuridico degli Stati mal si presta a realizzare una piena ed idonea “razionalizzazione formale”²⁷⁵: per essere ancora più chiari, non è facilmente immaginabile che una multinazionale colpita da boicottaggio possa rifarsi degli assai ingenti danni subiti, attraverso la condanna al risarcimento di uno o più sindacati organizzatori²⁷⁶.

La stessa dinamica di globalizzazione consentirebbe peraltro alle strutture coalizzate di sfruttare i vantaggi di cui godono oggi le imprese, nel momento in cui stabiliscono in quale Stato assumere i prestatori, accumulare le perdite, far confluire i profitti ecc. ecc.: si tratterebbe cioè di organizzare il boicottaggio in Paesi dove l'antigiuridicità di questo non è conclamata o addirittura affermata.

L'Italia parrebbe non rientrare in tale ultimo ambito. Infatti, ai sensi dell'art. 507 c.p., risulta punibile “chiunque” – per fini contrattuali, non contrattuali, di coazione alla pubblica autorità, di solidarietà o protesta – “mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro, ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali”. La norma, risalente al periodo fascista, alla fine degli anni sessanta è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, esclusivamente “per la parte relativa all'ipotesi della propaganda” e laddove quest'ultima non raggiunga “un grado tale di intensità e di efficacia da risultare veramente notevole”²⁷⁷.

L'ipotesi di boicottaggio qui prospettata – “valendosi della forza e autorità di leghe o associazioni”

²⁷³ V. A. LYON-CAEN, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, DO, 1992, p. 313 e MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, DCSI, 1986, p. 587. V. pure ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, DLRI, 1993, p. 1 ss. Sul problema specifico dato dal raccordo tra diritto della concorrenza e contrattazione collettiva, cfr. ALLAMPRESE, *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*, LG, 2000, p. 33; ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, MCR, 2000, p. 635; NADALET, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili*, op. cit., p. 114 ss.; PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, RIDL, II, p. 225 ss.. Cfr. altresì ORLANDINI, *Libertà di circolazione delle merci: un limite “comunitario” al conflitto sindacale*, DLRI, 1999, p. 623 ss.

²⁷⁴ Cfr. soprattutto l'esperienza statunitense, su cui v. nota 141.

²⁷⁵ Cfr. VARDARO, op. ult. cit.

²⁷⁶ Quanto tuttavia all'esperienza statunitense, v. il distruttivo impatto sulla AFL (*American Federation of Labor*) e sugli stessi prestatori associati, della condanna al risarcimento dei danni statuita nel caso *Loewe v. Lawlon* (più nota come *Danbury Hatters*) deciso nel 1908, sulla base dello *Sherman Antitrust Act*. È tuttavia pure vero che proprio tale condanna provocò una fortissima mobilitazione delle organizzazioni sindacali e quindi dello stesso Partito Democratico, la quale condusse nel 1914, Presidente WOODROW WILSON, alla importante riforma operata con il *Clayton Antitrust Act*. Questo l'incipit della sezione 6 di quest'ultimo testo: “*The labor of a human being is not a commodity or article of commerce*”. Cfr. GOULD IV, *A Primer on American Labor Law*, op. cit., p. 14 ss.

²⁷⁷ Cfr. Corte Cost. 17 aprile 1969, n. 84, FI., 1969, I, c. 1376. V. ZANELLI, *Boicottaggio nel diritto del lavoro*, Digesto, Torino, 1987.

e proponendosi esplicitamente l'obiettivo di risultare più "intensa" possibile - risulterebbe pertanto in Italia, secondo questo orientamento, penalmente censurabile. Ma un effettivo e consistente impiego dello specifico strumento di autotutela, da parte delle organizzazioni sindacali nazionali (fino ad ora del tutto incuranti), si ritiene farebbe mutare il contesto complessivo che si colloca alla base della valutazione di legittimità costituzionale. La chiara ed affermata connessione tra boicottaggio ed ordinamento intersindacale, potrebbe infatti favorire l'emersione di un contrasto tra artt. 507 c.p. e 39 della Costituzione, quanto al profilo di tutela della libertà sindacale²⁷⁸; mentre in sede civile è probabilmente sull'"ingiustizia" del danno provocato dall'azione sindacale, che si concentrerebbe la disputa interpretativa.

Può tuttavia conclusivamente rilevarsi come l'ordinamento (italiano e) di gran parte dei Paesi occidentali sembri individuare oggi previsioni, innanzitutto in sede costituzionale, alla luce delle quali risulta più agevole argomentare la liceità del boicottaggio, di quanto non fosse, a cavallo tra diciannovesimo e ventesimo secolo, fare altrettanto per lo sciopero²⁷⁹.

3.3. Stati e sindacati.

Merita infine precisare che i sindacati, ovvero sia la coalizione sovranazionale organizzata di questi, non sono né sarebbero soli, in tale apparentemente proibitiva opera di governo ed "umanizzazione" del processo di globalizzazione. Esistono interessi diversi da quello sindacale ma oggettivamente almeno in parte convergenti; può altresì essere fatto riferimento a soggetti da coinvolgere, all'interno del complessivo disegno regolatore: primi tra questi potrebbero essere (sarebbe importante fossero) gli stessi Stati, il cui potere sta declinando ma non si crede comunque affatto sarà, nel breve e medio periodo, irrilevante.

Precisando meglio, i sindacati non sono gli unici soggetti che rischiano (eufemisticamente) un serio ridimensionamento, ove si prolunghi nei termini oggi esistenti il processo di globalizzazione: ciò vale ad es. anche per molteplici imprese occidentali, troppo piccole per giovare delle opportunità di *shopping* mondiale praticato dalle multinazionali; che subiscono anzi la concorrenza e lo stesso *dumping* di queste ultime, come delle stesse imprese emergenti localizzate nel terzo mondo, con costo del lavoro assolutamente inferiore.

La questione è molto delicata. Può dirsi che siano coinvolte da questo fenomeno innanzitutto imprese occidentali che, fino ad oggi, hanno basato su di una "ricetta" analoga (ovverossia ridotto costo del lavoro; cui all'occorrenza unire, come avvenuto per l'Italia, una moneta debole, in più occasioni svalutata) la propria capacità di penetrazione nei mercati. In tale senso si tocca un problema di complessiva adeguatezza del sistema industriale dei Paesi²⁸⁰.

Apparirebbe comunque importante reperire un punto di equilibrio tra legittimazione e governo delle differenze. Nel momento in cui fosse la coalizione globale dei sindacati ad individuare tale assetto, si avrebbe un tendenziale rispetto delle convenienze dei distinti contesti locali, le cui

²⁷⁸ V. GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1997, pp. 242, 243.

²⁷⁹ Cfr. CARNELUTTI, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, RDC, 1907, I, p. 87 ss. e REDENTI, *Sul diritto di sciopero e sul concetto di interesse professionale*, RDC, 1909, p. 20 ss. V. in materia ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, in ID, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974, p. 134 ss.

²⁸⁰ Cfr. DEAKIN, WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, op. cit., p. 616.

organizzazioni di rappresentanza dei prestatori sarebbero chiamate a decidere su di un piano di parità, e nel contempo la più elevata garanzia che ciò si traduca in un miglioramento delle condizioni di lavoro. La lunghezza del processo qui immaginato e la assai probabile permanente distanza tra regole fissate e prassi, concederebbero d'altra parte in fatto notevolissimi margini di flessibilità per le imprese dei Paesi del terzo mondo (come avviene ancora oggi in Italia, quanto alla imponente area del c.d. "sommerso"²⁸¹). Ciò non togliendo comunque importanza all'introduzione della regola, poiché in grado di "plasmare", sia pure con i tempi necessari (in tal caso certamente lunghi), i comportamenti sociali.

L'aspirazione sindacale al governo del processo di globalizzazione non è pertanto isolata: si confronta con analoghi esistenti auspici, anche se talora non lucidamente individuati e sovente motivati da ragioni ben diverse. Si tratta di potenziali "compagni di viaggio", non sempre e neanche necessariamente piacevoli²⁸², assieme (anche) ai quali cercare di condizionare ad es. gli indirizzi degli Stati.

Il ruolo di questi ultimi, seppure frontalmente investito dal processo di globalizzazione, non può essere definito influente. Una esemplificazione di quel che possono concretamente fare gli Stati già la si è fornita, discutendo in precedenza della legislazione esistente sul boicottaggio.

Un sindacato fortemente impegnato nella direzione qui auspicata, potrebbe ben incidere – anche con tempi ridotti – sull'indirizzo dei Governi "amici", spingendoli ad un maggiore attivismo in sede internazionale²⁸³. Né va dimenticato come la storia (segnatamente della Gran Bretagna) abbia mostrato Stati governati da partiti, costituenti emanazione del sindacato: il tragitto indicato certamente non pare oggi completabile rapidamente, nei Paesi occidentali; ma la evidente caduta di tensione ideologica post-marxista, la quale sta modificando notevolmente i canoni di approccio dei cittadini alla politica, potrebbe rendere non del tutto irrealistico tale esito.

Attraverso gli Stati ovvero direttamente interloquendo, la coalizione dei sindacati potrebbe infine divenire referente delle "alleanze regionali di Stati" esistenti ed in corso di formazione, a partire dall'Unione europea. Si pensi solamente – concludendo questa serie di prospettazioni (forse) fantastiche – a quale rilievo acquisirebbe la regola sindacale unilateralmente individuata, come già precisato, se l'osservanza di questa fosse richiesta dall'Unione europea per l'accesso al proprio mercato ovvero anche per "il solo trattamento preferenziale non reciproco concesso ... ai Paesi in via di sviluppo"²⁸⁴.

²⁸¹ V. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2000.

²⁸² Così ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, op. cit., p. 573 ss.

²⁸³ Magari è vero – se si consente un moto di spirito – che l'Italia negli assetti di potere mondiale conta meno della Coca Cola: questo fu peraltro detto da più parti a proposito della Grecia, quando fu scelta come sede olimpica Atlanta e non Atene. È tuttavia possibile che sempre l'Italia conti almeno quanto la Pepsi e comunque più della Peroni: ci si potrebbe pertanto legittimamente aspettare da essa una capacità di intervento paragonabile (o rispettivamente superiore) a quello esercitato da questi due gruppi.

²⁸⁴ Così PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali*, op. cit., p. 119.

Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*

Bruno Caruso

Democrazia sindacale e democrazia politica: “simul stabunt simul cadent”.	74
Perchè attecchisce il “tarlo” della postdemocrazia sindacale	75
Sulle tracce della postdemocrazia sindacale: la funzione di governo.	78
Sindacato e funzione di rappresentanza negoziale: una via di fuga dalla post democrazia.	83
Un vaccino contro il virus della postdemocrazia sindacale: ...urge!	87
Bibliografia	89

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 28/2005

Democrazia sindacale e democrazia politica: “*simul stabunt simul cadent*”.

Chi oggi, da giuslavorista, continua a coltivare interessi scientifici su un tema apparentemente ‘retrò’ come quello della democrazia sindacale (da ultimo Fontana 2004), non può non rimanere incagliato o “affascinato”, ma anche preoccupato, dalle dinamiche del “post”.

Colin Crouch (2003) suggerisce un uso euristicamente proficuo di tale concetto: l’idea del «post», al di là del suo uso corvivo nel dibattito contemporaneo (il post industriale, il postmoderno, il post liberale, il postironico) (Minda 2001, p. 367 ss), indica non la negazione del passato ma la sua parabola: la fase successiva contiene elementi caratterizzanti la fase pregressa ma ne contiene altri, predominanti rispetto ai primi, che ne indicano il superamento.

Tale analisi riguarda la democrazia e la rappresentanza politica ma essa non può non riflettersi sulla democrazia e la rappresentanza sindacale, ovviamente *mutatis mutandis*. Com’è stato ampiamente sviscerato nell’ampia letteratura formatasi sul tema (per tutti Caruso 1986), non sono ammissibili meccaniche trasposizioni concettuali o incaute ibridazioni tra l’uno e l’altro dominio: rappresentanza politica e rappresentanza di interessi hanno logiche di selezione delle domande e degli interessi, di comunicazione dialogica tra rappresentanti e rappresentati, di formazione delle decisioni, di fondamento, funzionamento e controllo delle procedure, che rispondono in massima parte a logiche diverse.

Non pare tuttavia revocabile in dubbio che nei sistemi politici pluralistici le vicende della democrazia politica e della democrazia sindacale, storicamente, camminano in parallelo: insieme si evolvono e insieme probabilmente declinano, perché sono governati e retti da medesimi “insiemi” di valori.

Sono note le teorizzazioni della letteratura sociologica americana degli anni ‘50 e ‘60 (Barbash 1967; Lipset, Trow, Coleman 1956; Coleman 1960) e del pensiero neocorporativo degli anni ‘80 (Offe 1981; Sabel 1981; Streeck 1982) sulla relativa autonomia delle organizzazioni di interessi dai vincoli (ma anche dai valori) della democrazia procedurale in favore della democrazia dei fini; sulla convenienza della democrazia governante rispetto a quella deliberativa; sulla necessaria struttura, centralistica, gerarchica e autoritaria delle organizzazioni di interessi come strumento di efficienza dell’azione di tutela degli interessi immediati degli associati, ovvero, nella versione neocorporativa, di realizzazione di politiche pubbliche di medio e lungo respiro, mediante il coinvolgimento delle élite sindacali nella classe politica di governo.

Ebbene, queste teorizzazioni non sembrano aver intaccato la sostanziale simmetria di principi e valori, se non di regole operative, tra democrazia e rappresentanza politica e democrazia e rappresentanza di interessi.

In estrema sintesi: i sistemi politici democratici non possono tollerare formazioni intermedie la cui logica di azione e di organizzazione si ispiri a principi non democratici. Per questo profilo, la disposizione dell’art. 39 3° comma della nostra Costituzione mantiene un valore paradigmatico e generale che va al di là del contesto regolativo specifico e contingente in cui è inserita (il meccanismo di registrazione dei sindacati per l’effetto *erga omnes* dei contratti collettivi di categoria condizionato all’assetto associativo democratico) (Caruso 1986).

Le cause e le ragioni della crisi, così come la ricerca dei rimedi per ritardare se non impedire il declino dei due formanti della democrazia, quello politico e quello sindacale, vanno pertanto esplorate separatamente ma nella consapevolezza che *simul stabunt simul cadent*.

Per questo scopo occorre dare per acquisiti alcuni presupposti che riguardano innanzitutto la democrazia politica. Bisogna, intanto, partire da un ragionevole pessimismo della ragione. La democrazia politica occidentale è un valore assoluto ma così non sono le forme storiche della sua realizzazione.

Come ci spiega Amartya Sen (2004), più credibilmente dei teorici della fine della storia (Fukuyama 2003), democrazia e rappresentanza politica, nella versione occidentale, non sono il portato di regole ed istituzioni né universali, né a-storici.

In secondo luogo, la ricerca dei rimedi al loro declino deve essere fatta con la consapevolezza della gravità dei problemi che l'affliggono: meglio un atteggiamento di modestia in questa ricerca, che la vanagloria. È davvero difficile, infatti, oggi, inebriarsi della retorica della esportazione, anche *manu militari*, delle istituzioni della democrazia nelle parti del mondo dove i suoi valori e i suoi principi hanno difficoltà ad attecchire (si veda, invece, Fukuyama 2005).

Se realisticamente si è preso atto da tempo che la democrazia politica, nel suo formante istituzionale pluralistico occidentale, non è la forma di governo migliore in assoluto ma, storicamente, la “meno peggio” (Sartori 1972; id. 1993), proprio per questo i fenomeni recenti che ne mettono in discussione le sue invarianti sostanziali e di valore devono essere avvertiti come inquietanti campanelli d'allarme. Lo sono anzi al punto, ma questa è una personale valutazione, da non rendere ormai tranquillizzante e confortante quella laica, un po' scettica e quindi “cool” acquisizione della sociologia politica.

Fenomeni quali l'atrofizzazione della democrazia elettorale e dei suoi strumenti privilegiati di aggregazione del consenso, i partiti; l'apatia diffusa del *demos* cui fa da *pendant* la ipersensibilità e porosità delle élite politiche all'opinione pubblica epidermica, rilevata mediante sondaggi; il peso crescente e ormai determinante delle lobby finanziarie nella determinazione diretta delle politiche e nella stessa selezione delle élite; la trasformazione totalizzante del cittadino (con il rischio di pensionamento anticipato del concetto di cittadinanza) in consumatore di prodotti politici venduti in stile commerciale e il relativo adeguamento del linguaggio e della comunicazione politica alle regole della pubblicità mercantile; la nevrotica e nevrotizzante attenzione all'immagine, alla forma del leader che fa sempre più aggio sui contenuti delle proposte. E poi, la difficile tenuta delle formazioni intermedie e dell'aggregazione solidale di fronte all'atomizzazione della vita privata anche sotto la martellante influenza del messaggio mediatico (Putnam 2004); l'enfasi sul rapporto immediato e diretto, con una semplificazione populista del linguaggio, tra rappresentanti e rappresentati (Crouch 2003; Amato 2002; Mény & Surel 2004), e via elencando.

Sono questi alcuni, soltanto alcuni purtroppo, fattori di declino della democrazia e della rappresentanza politica nella fase “post”, nei cui confronti i rimedi non sono né semplici né a portata di mano (Crouch 2003 p. 117 ss.; Putnam 2004, p. 467 ss).

Perché attecchisce il “tarlo” della postdemocrazia sindacale

Sul fronte della democrazia e della rappresentanza sindacale non c'è sicuramente da essere più ottimisti. In questo numero della rivista gli interventi di Hyman in generale e Fontana con riferimento alla situazione italiana, mettono nitidamente a fuoco i punti di crisi del sistema di democrazia e rappresentanza sindacale.

I luoghi di lavoro storici dove si sono esercitate le differenziate prassi e si sono configurati i

molteplici moduli della partecipazione, della democrazia e della rappresentanza sindacale (Caruso 1992), tendono a svaporare o ad animarsi di soggetti diversi da quelli alla ribalta negli anni gloriosi del "contropotere" sindacale democratico.

C'è un legame che non può essere negato tra l'identità sindacale e la solidarietà collettiva, e le pratiche (ma anche le regole) storiche di partecipazione e della rappresentanza democratica del sindacato.

La tradizionale identità coesiva di cui tale soggetto era portatore era saldamente inchiodata e solidamente costruita sulla solidarietà operaia intesa come rapporto tra pari e/o legame sociale in una comunità che generava inflessibilità e unitarietà dei progetti di vita e di lavoro (la solidarietà "meccanica" descritta da Rainer Zoll 2003). Identità collettiva e solidarietà operaia sono stati i fondamenti sostanziali delle pratiche e degli istituti formali della partecipazione e della rappresentanza collettiva degli anni '60 e '70.

Oggi flessibilità e identità differenziate (Bauman 2003; Sen 2002, Castells 2003; Accornero 2002) impongono di ripensare strategie di solidarietà e itinerari procedurali di emersione e fissione delle stesse molto più difficili e complesse.

Un esempio per tutti: l'immissione sempre più massiccia degli immigrati nei luoghi di lavoro, tipiche minoranze identitarie, rende praticabili i meccanismi di partecipazione e rappresentanza collettiva che hanno nel loro DNA la omogeneità identitaria etnica? Bisogna spingere, anche per il versante della rappresentanza e delle regole formali di partecipazione nel sindacato, sull'assimilazione o valorizzare la differenza regolativa?

Il sindacato dei consigli negli anni '70 fu in parte costruito ad immagine e somiglianza dell'identità nel lavoro dagli immigrati del Sud portatori di una forte carica coesiva (per tutti Pizzorno 1978).

Allora (con il senno di poi) non fu eccessivamente complicato comporre la frattura fra le aristocrazie operaie del Nord e i giovani operai dequalificati del Sud in un grande progetto inclusivo di riorganizzazione del sindacato e delle sue strutture di rappresentanza. Oggi è ancora possibile ricomporre in nuovo e unitario progetto di rappresentanza democratica le identità multiple che affollano la scena del mercato del lavoro?

È, infatti, evidente come i contratti senza futuro, le carriere frantumate in una serie indifferenziata di progetti individuali, la convivenza atomizzata senza il legame scaturente da una identità collettiva (l'organizzazione del lavoro nei call center) rendono *off tune* quelle pratiche di rappresentanza e partecipazione collettiva calibrate sui luoghi/fabbrica (i padiglioni, i cortili, le mense aziendali) della identità coesiva, ove il lavoro era esperienza continua, verticale, piena e non frammentata e frammentaria (Accornero 2004, id. 2002; Stone 2004).

È, allora, sufficiente una strategia che si limiti ad estendere a questi frammenti ²⁸⁵ che si fanno ogni giorno più ampi diritti di partecipazione e di rappresentanza dello statuto dei lavoratori che presuppongono ben altra identità e pratiche di solidarietà?

Oggi che la prospettiva esistenziale dei nuovi lavoratori è il *carpe diem* (*il presente migliore per ciascuno*), come è possibile calibrare su questi bisogni ed interessi i modelli di rappresentanza e

²⁸⁵ A voler sorvolare sugli sconcertanti ripensamenti, a tutela degli insider, come nel caso dell'esclusione dei lavoratori a termine dall'elettorato attivo e passivo nella regolamentazione delle elezioni delle RSU.

partecipazione che fisiologicamente presuppongo strategie rivendicative mirate ad un *futuro migliore per tutti*?

Anche le dinamiche di rappresentanza e le stesse forme di conflitto dei soggetti tradizionalmente rappresentati dal sindacato sembrano, a volte, aver cambiato di segno: sempre più spesso si presentano come difese egoistiche e particolaristiche di privilegi residui (Caruso 2002), nella incertezza della globalizzazione (Castel 2004), piuttosto che come affermazione di istanze di emancipazione in grado di produrre solidarietà collettive e di aggregare comunità più vaste (anche se non mancano significative eccezioni come è di recente avvenuto a Melfi) (Castronovi 2004; Cerosimo 2004; Di Siena 2004).

Non basta: tra le diverse funzioni storicamente svolte dal sindacato (di rappresentanza collettiva ed individuale, di regolazione normativa, di servizio, di governo e di amministrazione pubblica) (Ewing 2005), tendono, un po' ovunque (già Korpi per il caso svedese 1980), a ridursi le prime (di rappresentanza e, con riferimento alla funzione negoziale, di regolazione normativa) a favore delle altre, dove il sindacato non ha bisogno di alcuna legittimazione consensuale ma solo di una legittimazione politica, a volte autoreferenziale.

Basti pensare in Italia al tradizionale ruolo del sindacato come pubblico potere (Giannini 1986; D'Antona 1987 ora 2000) e alla sua funzione sempre più marcata di soggetto chiamato direttamente a regolare il mercato del lavoro, oggi attraverso la pubblicizzazione gli enti bilaterali come previsto dalla l. n. 30/03 e da d.lgs. n. 276/03 (AAVV 2003); per non parlare della stessa programmazione negoziata, della negoziazione legislativa e della concertazione sociale nazionale. Tendenza, per altro, confermata nell'ordinamento europeo ove il ruolo para legislativo dei sindacati europei è ormai oggetto di disposizioni costituzionali.

È, allora, evidente che più il sindacato diventa potere pubblico, si istituzionalizza, più finiscono per essere inadeguati gli schemi della rappresentanza democratica pensati per la funzione di mera rappresentanza negoziale, più si afferma la tendenza non a sostituirli ma semplicemente a disfarsene.

È proprio in questo delicato snodo che si insinua un problema teorico di ampia portata che è, ed è stato, un chiodo fisso nel dibattito dei giuslavoristi negli anni '80 e '90 e che ha intellettualmente inquietato gli ultimi anni della esistenza di Massimo D'Antona (1998a; 1998b ora 2000): la regolazione democratica della rappresentanza sindacale attiene alla sfera della sua autonomia o riflette pure un interesse generale che schiuderebbe e giustificerebbe un intervento di regolazione eteronoma?

Questo snodo, un vero tormentone per i giuristi del lavoro, non pare eludibile se non pagando i costi politici che anche l'attuale governo (paladino della non interferenza regolativa nella rappresentanza²⁸⁶) pare stia pagando (Caruso-Zappalà 2005).

Non a caso i puntelli pubblici, anche in termini di regolazione normativa democratica della rappresentanza, alla caduta della *union density*, come per es. avvenuto con la riforma del 2004 in Francia, non sono ideologicamente osteggiati, sono anzi benvenuti dallo stesso mondo sindacale (Ray 2004; Moreau 2005).

²⁸⁶ Si rinvia al III capitolo sulle Relazioni industriali del Libro Bianco del governo sul mercato del lavoro in Italia, Roma 2001.

In questo quadro, il mito, per quei giuslavoristi che ancora lo coltivano, della libertà sindacale come assoluta immunità, con il relativo dogma del parallelismo tra autonomia sindacale e autoregolazione, sembra definitivamente tramontato.

È allora evidente che per il sindacato, la cui storia si nutre, al contrario dei partiti, delle sue forme di democrazia e rappresentanza, che gli sono consustanziali, i dilemmi della postdemocrazia sono ancora più marcati e, per certi versi, laceranti: attengono alla sua stessa legittimazione come soggetto che svolge, insieme, una funzione politica e una funzione sociale alle quali è intrinseca quella di agire in nome e per conto.

Da cui i dubbi, una volta sussurrati, ora apertamente dichiarati anche in ambienti culturali non ostili al sindacato: quando l'azione sindacale coinvolge interessi altri (fuori della sfera, per quanto ampiamente concepita, degli interessi economico-professionali: i tempi di vita, gli orari della città, le politiche di ordine pubblico, l'ambiente, l'organizzazione amministrativa) cosa legittima il sindacato (sempre più chiuso in se stesso) a rappresentare istituzionalmente spicchi di società civile che lo trascendono? Verrebbe da chiedersi, in maniera forse eccessivamente brusca, perché il sindacato deve essere considerato attore socialmente e istituzionalmente titolato alla sussidiarietà orizzontale e alla relativa funzione di regolazione e, per esempio, le ONG o i gruppi ambientalisti no (Napoli 2002)? Cosa legittima il sindacato ad essere inserito nelle strutture di governance dell'ordinamento sovranazionale in costruzione? Come direbbe Umberto Romagnoli, è solo questione di pedigree o c'è dell'altro?

È un dibattito, lo si segnala soltanto, che fa ampiamente capolino nella riflessione sull'Europa sociale e sui modelli della sua *governance* (Armstrong 2002; De Schutter 2002; Wilkinson 2003).

A questo punto la domanda sorge spontanea: il destino della postdemocrazia sindacale è ineluttabile?

Nelle pagine che seguono si tenterà di tracciare un quadro a tinte meno fosche sui destini della democrazia e della rappresentanza sindacale, cercando di tracciare qualche linea di percorso verso l'evitabilità del "post". Si tratta solo di spunti di riflessione provenienti da chi ha a cuore il sindacato come soggetto di democrazia e come oggetto di riflessione scientifica, non certo di ricette rivolte a chi fa il diverso mestiere di operare attivamente nel sindacato.

In questo senso si metteranno in parallelo le diverse funzioni del sindacato e i problemi della democrazia e della rappresentanza sindacale; in particolare, la funzione di governo (di governo privato la definiva M. D'Antona 1988 ora 2000; pure Regalia 1999) e la funzione di rappresentanza e di regolazione diretta tramite negoziazione collettiva. Le osservazioni saranno necessariamente sintetiche e pertanto oltremodo semplificate.

Sulle tracce della postdemocrazia sindacale: la funzione di governo.

Occorre distinguere due profili del rapporto tra la funzione di governo e rappresentanza del sindacato; nella funzione di governo, per altro, si innerva anche la funzione *indirettamente regolativa* attuata attraverso la legislazione negoziata ove il sindacato regola per mezzo del parlamento o dello stesso governo (in questo caso la legge si appropria dei contenuti dell'accordo sindacale, generalizzandoli).

Il primo profilo riguarda la *compatibilità* della rappresentanza democratica del sindacato con la funzione di governo che è chiamato ad assumersi. Il sindacato, in tal caso, partecipa della funzione

come soggetto a legittimazione originaria, di tipo politico istituzionale, non derivata, quindi, da meccanismi consensuali di rappresentanza (arg. ex art. 39 comma 1 Cost.); in questi luoghi la sua funzione non ha bisogno, dunque, di alcuna legittimazione democratica: né di un mandato elettorale extrassociativo, né di un mandato associativo privatistico.

Anzi - si afferma - la democratizzazione della rappresentanza per questa funzione ne renderebbe vischioso l'esercizio o, addirittura, l'impedirebbe. Ci sarebbe, pertanto, una strutturale incompatibilità tra rappresentanza democratica e funzione di governo del sindacato.

Nella concertazione centralizzata e in altre funzioni di governo il problema della democratizzazione della rappresentanza istituzionale sarebbe, dunque, logicamente improponibile.

Il discorso solo per comodità d'analisi si limita alla dimensione nazionale di tale funzione ma potrebbe essere esteso anche ai livelli decentrati: per esempio il livello regionale se la concertazione e la negoziazione legislativa dovessero ivi attecchire anche in seguito alla entrata a regime della riforma regionalista attuata con la legge costituzionale n. 3/2001 (Regalia 2003a; in generale Caruso 2001a); ma potrebbe riguardare anche il livello infraregionale ove patti e accordi locali hanno contribuito a ridare fiato alla funzione di governo territoriale del sindacato (Fontana 2004 e in questa rivista; Regalia 2003b, Caruso 2001b). Il discorso potrebbe, inoltre, essere esteso al livello di governo sopranazionale, con riguardo al dialogo sociale riconosciuto costituzionalmente ora dall'art. I-47 e regolato ora dall'art. III-105 (ex art. 138 TCE) e dall'art. III-106 (ex art. 139 TCE) del Trattato per la costituzione europea.

Le cose stanno davvero così? La funzione di governo del sindacato è dominio incontrastato della postdemocrazia?

Sul piano squisitamente teorico il discorso porterebbe molto lontano. Mi limito pertanto ad un solo argomento, per così dire, di ragion pratica.

Che l'assunto della incompatibilità tra funzione di governo e rappresentanza democratica dei sindacati sia tutt'altro che inconfutabile è dimostrato dall'esperienza italiana dei grandi accordi di concertazione e negoziazione legislativa. Di tale esperienza, e per questo specifico profilo, se ne è fatta una puntuale ricostruzione relativamente alla stagione degli anni '80 e '90 (Baccaro 2000). In questo lavoro si sostiene che i risultati della concertazione italiana (gli accordi sul costo del lavoro negli anni '80 fino alla abolizione della scala mobile nel '92 e poi definitivamente nel '93, oltre che la riforma delle pensioni del 95), non dimostrano alcuna incompatibilità tra l'esercizio della funzione di governo del sindacato confederale e possibilità di ricorso a momenti di democratizzazione del procedimento decisionale²⁸⁷.

Sul piano storico ed empirico, dunque, non è affatto dimostrata una strutturale incompatibilità tra rappresentanza democratica e funzione di governo del sindacato. La storia della concertazione italiana dimostra, invece, che il rapporto è quanto meno relativo e storicamente determinato: l'accostamento di momenti (e moduli) di rappresentanza democratica alla funzione di governo del sindacato dipende, infatti, da scelte spesso legate ai concreti contenuti degli accordi di

²⁸⁷ Le cifre riportate nel saggio di Baccaro 2000 sono eloquenti: 40.000 assemblee nei luoghi di lavoro per la discussione e l'approvazione del protocollo Ciampi che ratificava l'abolizione della scala mobile; 42000 assemblee nelle principali aziende ed uffici ed un referendum a scrutinio segreto dove parteciparono al voto, 4,5 milioni di lavoratori con una approvazione del 64%, (58% dei lavoratori attivi) in occasione dell'accordo sulle pensioni.

concertazione, da valutazioni ed equilibri politici contingenti, da capacità di intuizione delle leadership ecc.

Detto questo siamo ancora a metà del percorso: il passaggio logico successivo riguarda il *dover essere*. In particolare:

i) *l'utilità* della democratizzazione della rappresentanza sindacale nella funzione di governo e quindi la possibilità di una sua "regolarità" oltre che di una coerente regolazione.

Se si superasse, poi, questo passaggio si porrebbero come questioni logicamente consequenziali:

ii) *l'opportunità di uno strumento* di regolazione anziché un altro (autoregolazione unilaterale o convenzionale, auto regolazione indotta dalla legge o direttamente predisposta dalla stessa ecc.).

iii) il *modulo normativo* cui accedere per tale regolazione (consultazione, legittimazione attraverso il criterio di selezione della rappresentatività comparata o soglia, e di che qualità, istituzionale o misurata, a che livello, intercategoriale, professionale, riguardante pure le associazioni imprenditoriali, ecc.).

Mi soffermerò, per ragioni di sintesi, sul primo punto vale a dire l'utilità di una riforma democratica della rappresentanza istituzionale del sindacato. Accennerò soltanto agli altri due punti.

Anche in tal caso conviene fare riferimento alla ricerca prima citata (Baccaro 2000). Essa dimostra che le procedure di democrazia, contingentemente utilizzate, lungi da rendere vischiosi o impraticabili i patti sociali nazionali, hanno finito per "stabilizzare" i risultati della concertazione e sono stati, pertanto, *utili* nella misura in cui hanno reso più efficiente la funzione di governo dei sindacati.

Si può aggiungere che l'esperienza della generalizzazione delle RSU negli anni '90 (Fontana 2004), ha, pure, dimostrato che l'allargamento della base democratica della concertazione nazionale abbia finito per rafforzarne i risultati e che, dunque, la diffusione centralmente orientata di istituti di partecipazione indiretta di livello decentrato non è ad essa necessariamente disfunzionale.

Si può, allora, arguire che i risultati della concertazione "consensuale" siano più stabili rispetto a quelli della "concertazione giacobina"; gli accordi non legittimati dalla consultazione aprono, infatti, maggiore spazio al dissenso spontaneo; accrescono, non proporzionalmente alla realtà effettiva, il peso specifico della *voice* di minoranze conflittuali intense. Nella concertazione proceduralmente democratizzata il dissenso e il conflitto vengono, infatti, assorbiti all'interno del procedimento e la legittimazione che ne consegue, come l'esperienza storica dimostra, rende, alla fine, più forte l'accordo raggiunto perché espressione di volontà non solo di apparati ma della maggioranza "dei consultati".

Una plastica evidenza dell'instabilità e della debolezza della "concertazione giacobina" è data, oggi, dal tentativo, in massima parte fallito, di concertazione minore o dialogo sociale, secondo la nomenclatura del Libro bianco, ricercato dal governo in carica.

Senza potere indugiare, e rinviando per un'analisi più articolata ad un prossimo scritto, si segnala soltanto che il tentativo di concertazione separata culminato nel patto per l'Italia del 5 luglio 2002 si è fondato su una serie di postulati, non sempre chiaramente e decisamente perseguiti, ma tuttavia evidenti:

- la funzione di governo dei sindacati attraverso, il metodo della concertazione, non deve essere

impeditiva dell'azione politica del governo; la concertazione, cioè, non deve contraddire la democrazia "governante", non può concedere nulla alla democrazia deliberativa.

■ Ne consegue che il governo deve ricercare l'accordo con la maggioranza delle sigle sindacali ma non con tutte: soltanto con i sindacati che ci stanno (purché comparativamente rappresentativi). Il principio di maggioranza in tale visione va, cioè, riferito (e, nella versione più radicale del Libro bianco, solo se possibile) ai sindacati, intesi quali istituzioni che non vanno "pesate" (in termini di effettiva rappresentatività) ma, più draconianamente, "contate". Oltretutto, appare evidente, in questa concezione, lo stravolgimento del principio di maggioranza associativa implicito nel disegno dell'art. 39 IV comma della Costituzione, non pensato ovviamente per la concertazione ma che costituisce un principio generale di regolazione del pluralismo sindacale nel sistema italiano (D'Antona 1998a ora 2000; Proia 1994, Mariucci 2005, 26).

■ Il dissenso sociale che può scaturire dalla drastica selezione politica degli interlocutori sindacali può essere assorbito nel medio lungo periodo in relazione ai risultati che - è stata questa la scommessa del metodo giacobino della concertazione nella presente legislatura - avrebbero dovuto premiare (con alti tassi di sviluppo economico) le politiche di modernizzazione e di competitività perseguite, restituendo legittimazione anche in termini di consenso politico sia al governo sia ai sindacati coinvolti.

Questo il disegno originario dell'attuale governo, non semplicisticamente riducibile, come spesso strumentalmente si è fatto "da sinistra", ad una, per giunta mal riuscita, iconografia neo-liberale.

Vero è, invece, che la ricetta della concertazione giacobina una volta applicata non sembra aver dato i frutti sperati anche per errori soggettivi - mancato rispetto degli impegni assunti, marchiani errori nelle previsioni economiche, mutamento repentino delle policy e della stessa filosofia del governo - su cui non è il caso di indugiare.

Qualcosa ovviamente non ha funzionato se il dialogo sociale si è trasformato, ben presto, in monologo autistico (la vicenda della riforma delle pensioni).

Si avanza una spiegazione che pare dotata di una certa persuasività e che trascura altre di sapore più contingente: il fallimento²⁸⁸ della concertazione giacobina e la ripresa dell'unità oppositiva delle grandi confederazioni sindacali dimostra che se un governo può fare a meno, nel breve periodo, del consenso sociale, ciò non è invece possibile per le organizzazioni di interessi che non possono essere assimilate - neanche nella funzione che appare essere la più lontana dalla rappresentanza, quella di governo - a mere agenzie pubbliche.

Nè sono ammissibili semplificazioni mimetiche: il caso olandese della decisione solitaria, in opposizione ai sindacati, del governo socialdemocratico sulle riforme del welfare, agli inizi degli anni '90, si inseriva in un clima generale che non metteva in discussione lo spirito di Wassenaar, la "madre di tutti gli accordi di concertazione su cui si fonda il miracolo olandese. Malgrado quell'incidente di percorso la concertazione olandese è sempre rimasta di tipo "responsiva" (Visser 1997, 582, 597, 605).

Non si pensa di essere lontano dal vero, allora, se si afferma che una delle ragioni strutturali, al di

²⁸⁸ Allo stato di questo si tratta come implicitamente riconosce lo stesso governo: si veda la lettera di Sacconi sul Corriere della Sera del 22.02.2005 con un pressante invito rivolto alla Cisl perché ritorni al dialogo. "Si torni al dialogo Pezzotta non aspetti la CGIL" e la risposta negativa del leader sindacale sulla Stampa del 25-02-05 "Governo distante dai veri problemi del paese".

là delle ragioni politiche contingenti, della instabilità e del fallimento del Patto per l'Italia, e del modello di concertazione su cui si fondava, stia proprio nella sua natura "giacobina"; cioè, nei contraccolpi sugli attori sindacali (in primo luogo la CISL e la UIL ma probabilmente pur la UGL) che il dissenso non solo sociale (messo forse in conto almeno nella vicenda dell'art. 18 dello statuto) ma anche organizzativo (*exit* associativo: calo degli iscritti) e di *voice* procedurale (risultati elettorali non positivi per gli attori del patto nelle ultime elezioni delle RSU sia nel settore privato sia nel settore pubblico ²⁸⁹) ha finito per produrre.

Oltretutto la *policy* che attraversa il Libro bianco, e le successive scelte del governo di centro destra, ispirate al modello giacobino, hanno finito per trascurare insegnamenti provenienti da altri sistemi, come il Regno Unito ove, con successo, sono state sperimentate politiche di isolamento di gruppi dirigenti radicali dalla maggioranza moderata dei rappresentati. In quelle esperienze, non sono state utilizzate ricette giacobine e semplificatorie, bensì altre, sicuramente più complesse, ispirate ad un metodo opposto: l'imposizione per legge di procedure di democrazia per indebolire l'organizzazione e rafforzare le ragioni dell'individuo, del singolo lavoratore, "contro" l'apparato sindacale. Esperienze che Marco Biagi conosceva molto bene per averle studiate (Biagi 1986). Nell'Inghilterra conservatrice degli anni '80 e '90 la scelta di ridimensionamento del ruolo del sindacato nella società britannica è passata, infatti, anche attraverso una regolamentazione legale, autoritaria per il contesto e la funzione che ad essa si volle attribuire (Caruso 1986, 190 ss.), che imponeva al sindacato modelli rigidi ed eteronomi di democrazia partecipativa (il *ballot* obbligatorio nel conflitto) ed associativa (le elezioni altrettanto obbligatorie dei gruppi dirigenti, il rafforzamento legale dei diritti associativi del singolo "contro" l'organizzazione) (Ewing 2005).

A prescindere dalle, sempre storicamente possibili, strumentalizzazioni antisindacali delle regole della democrazia procedurale, quel che si vuol, in conclusione, affermare è che non si può escludere *a priori* un possibile contro-esito, genuinamente democratico, della funzione di governo del sindacato. Il discorso è, ovviamente, aperto molto dipendente, com'è, da equilibri e volontà politico-sindacali.

Alcune indicazioni di massima si possono tuttavia trarre, anche se in maniera oltremodo schematica.

La concertazione è un metodo di produzione di politiche pubbliche cui è associata la funzione di governo e indirettamente regolativa del sindacato. L'efficienza del metodo non è elemento estrinseco ai suoi risultati ma pre-condizione della sua utilizzabilità. Una maggiore formalizzazione procedurale di tale metodo può rafforzarne la stabilità, l'efficienza e l'efficacia dei risultati. Fu questo il tentativo, invero non pienamente riuscito, della stagione della concertazione sotto i governi dell'ulivo alla fine del decennio scorso; in particolare, con il Patto di Natale del 22 dicembre 1998, ove l'abbozzo di un quadro procedurale più certo con riguardo alla problematica dell'attuazione delle direttive comunitarie affidata alle parti sociali (Bellardi 1999, 95); e con il Patto di concertazione sui trasporti del 23 dicembre 1998, ove il tentativo di dare un quadro di certezze procedurali, comprensive della regolazione della rappresentatività degli attori, al sistema di

²⁸⁹ Si vedano i risultati delle elezioni delle RSU a Termoli con la penalizzazione di Fim e Uilm dopo la forzatura governativa dell'accordo separato (dati in Di Siena 2004, 202-203) e i recenti risultati delle elezioni delle RSU nel pubblico impiego che, in attesa di conferme ufficiali, sembrerebbero segnare un travaso di consensi verso la CGIL (comunicato stampa del segretario generale della CGIL funzione pubblica del 20.11.2004).

relazioni industriali nel settore dei trasporti (D'Antona 1999, ora 2000).

Scorciatoie giacobine a tale – occorre riconoscere - difficile ricerca, costituiscono rimedi peggiore del male: la concertazione fallita del governo Berlusconi ne è dimostrazione eloquente. Una maggiore formalizzazione regolativa del metodo della concertazione e della negoziazione legislativa (il “come” è questione che si lascia volutamente aperta) può essere utile al suo rafforzamento.

Una più intensa formalizzazione non può, però, trascurare l'aspetto della democratizzazione della rappresentanza istituzionale, in funzione di governo, del sindacato, pena la sua deriva postdemocratica.

In questo senso le linee direttive su cui lavorare potrebbero essere due:

a) la selezione efficiente degli attori della concertazione con lo strumento più rilevante ancor oggi a disposizione della rappresentanza di interessi: la rappresentatività effettiva maggioritaria di livello confederale o professionale estesa anche all'associazionismo imprenditoriale. Indicazioni conformi provengono anche dal dialogo sociale europeo e dalla stessa giurisprudenza europea pur nella consapevolezza che sulla rappresentatività di livello sovranazionale c'è molto da riflettere. A quel livello i margini dell'innovazione istituzionale, mirata alla rilevazione della sua effettività, senza necessarie deleghe in bianco ai sistemi nazionali, si presentano, invero, ancora molto ampi. Ciò pur nella consapevolezza che, in tale incandescente materia, non si può realisticamente procedere altrimenti che attraverso processi di coordinamento soft di tipo induttivo (l'armonizzazione riflessiva dei sistemi nazionali). Le critiche intense all'eccesso di istituzionalismo della nozione di rappresentatività come criterio di selezione degli attori del dialogo sociale, suscitate dalla decisione della Corte di I istanza sul caso UEAPME, sono tuttavia testimonianza che qualcosa si può fare (Barnard 2002; Kenner 2003, 246 ss.).

b) Spetta poi agli attori sindacali, storici protagonisti della vicenda della concertazione, la sensibilità politica per valutare i potenziali effetti positivi - anche scaturenti da una razionalizzazione procedurale del metodo - che comportamenti ricorrenti, perché auto o bilateralmente regolati, di rilevazione del consenso dei rappresentati, possano sortire.

In tal caso si tratta di saper individuare (tenendo presente che la sensibilità politica non è regolabile, sono regolabili invece i comportamenti pratici che ne conseguono) i momenti topici in cui la consultazione diretta dei rappresentati (non solo gli iscritti nella esperienza storica italiana) diventa apprezzabile momento per purificare la rappresentanza istituzionale; ciò mediante bagni di democrazia e di consenso idonei a rafforzare i prodotti della funzione di governo del sindacato, allontanando, allo stesso tempo, le spire della postdemocrazia.

Sindacato e funzione di rappresentanza negoziale: una via di fuga dalla post democrazia.

Nella funzione di regolazione diretta, tramite il metodo della negoziazione collettiva, il sindacato, storicamente, sublima la sua funzione di rappresentanza democratica; essa, nelle diverse esperienze e nei diversi modelli, può riguardare l'insieme dei lavoratori o la cerchia più ristretta degli associati.

Nel viluppo intenso che, storicamente, in Italia ha assunto la cooperazione tra legge e contratto collettivo (svariati moduli di reciproco rinvio tra le due fonti che hanno pochissimi riscontri in altre esperienze) (per tutti Liso 1998), la rappresentanza negoziale del sindacato opera una regolazione che va spesso oltre la tradizionale funzione normativa del contratto collettivo di regolazione delle

condizioni economiche e normative del rapporto di lavoro.

Attraverso il prodotto dell'attività negoziale si calibra e si modula la flessibilità del lavoro incidendo anche sull'esercizio del potere imprenditoriale futuro (funzione oggi in qualche modo ridefinita dal d.lgs. n. 276/03) (Carinci 2004; La Macchia 2004; Bellardi 2004); si gestiscono amministrativamente le situazioni di crisi aziendali; si proceduralizza il potere imprenditoriale; si introducono, in misura maggiore o minore a seconda dell'ampiezza della previsione legale, deroghe autorizzate, anche peggiorative, alle condizioni di trattamento standard; la tendenza all'ampliamento di tale potere, anche se non del tutto chiaramente, si intravede in alcune recenti riforme, in materia di rapporti flessibili (d.lgs. n. 276/03) e di orario di lavoro (d.lgs n. 66/03) (Ricci 2004).

Il contratto collettivo nel nostro sistema, dunque, svolge funzioni plurime, non ultima di regolazione di rilevanti interessi pubblici e generali. Ciò sebbene, sul piano delle fonti formali, esso non sia equiparato alla legge e malgrado gli encomiabili, ma non del tutto convincenti, tentativi di ricondurlo ad un atto di esercizio dell'autonomia privata collettiva, con la esclusione della natura di fonte di diritto neppure *extraordinem* (Persiani 2004).

In estrema sintesi, alcune di queste funzioni generali:

- Nel settore pubblico, nella chiara ed inequivocabile impostazione che diede il principale protagonista alla riforma, (Massimo D'Antona scritti sul pubblico impiego ora 2000), alla fonte contrattuale (che rimane formalmente di diritto privato) accanto alla tipica funzione regolativa delle condizioni economiche e normative dei dipendenti, è assegnato, pure, un privilegiato ruolo di cambiamento efficiente della pubblica amministrazione, almeno per i profili di micro organizzazione connessi.
- Il continuo richiamo alla fonte contrattuale presente nel d.lgs. n. 276/03, secondo moduli - in parte tradizionali, in parte nuovi, più spesso confusi e contraddittori - implica l'attribuzione ad essa (a volte in concorrenza con la regolazione amministrativa) di un ruolo regolativo rilevante nel complesso meccanismo di effettività di svariate disposizioni in tema di contratti flessibili. Addirittura alla contrattazione collettiva interconfederale è affidato esplicitamente il ruolo generale "della messa a regime del (...) decreto, anche con riferimento al regime transitorio" (art. 86 comma 13); per non parlare del fatto che ad una non meglio specificata verifica con le organizzazioni sindacali (che potrebbe assumere anche la forma della negoziazione) è affidata la ulteriore vigenza di intere parti del decreto richiamate, qualificate come "sperimentali" (art. 86 comma 12).
- Alla contrattazione collettiva (sempre formalmente di diritto comune), infine, la legge (l. n. 146/1990 come modificata e integrata dalla l. n. 83/2000) affida il compito di temperare gli interessi degli scioperanti e gli degli utenti dei servizi pubblici essenziali (titolari diritti fondamentali prevalenti) attraverso la individuazione delle prestazioni indispensabili che devono essere in ogni caso erogate.

A questo sovraccarico di funzioni regolative che la legge affida alla contrattazione collettiva di diritto comune, in Italia, non ha mai corrisposto una equivalente assunzione di responsabilità regolativa della funzione di rappresentanza del sindacato da parte del legislatore.

Il sistema di contrattazione ha assunto, pertanto, una configurazione asimmetrica, pressoché unica nei sistemi europei, con un allungamento (a dismisura) della "gamba" delle funzioni affidate

alla contrattazione collettiva e un proporzionale accorciamento della “gamba” della regolazione della rappresentanza e del regime di efficacia del contratto collettivo.

Questa asimmetria, già grave, è diventata parossistica con la recente sbornia regolativa dell’attuale legislatura.

All’astensionismo, formalmente dichiarato nei documenti governativi, in materia di rappresentanza e di regime giuridico del contratto collettivo, ha fatto, invero, da *pendant* un nuovo carico di funzioni regolative alla contrattazione collettiva, questa volta secondo criteri selettivi dei soggetti affidatari dei nuovi poteri di rappresentanza, ispirati alla stessa filosofia della “concertazione giacobina”: non solo non si è proceduralizzato e normato il criterio della rappresentatività comparativa, già affetto nella precedente stagione legislativa da un eccesso di istituzionalismo, ma se ne sono esaltati i profili (anche qui seguendo una ispirazione decisionista) di incitamento alla rotura della prassi di unità d’azione e di rappresentanza unitaria.

Si è, cioè, coltivato il sogno di un “orizzonte normale” della pratica degli accordi separati come improbabile panacea per una funzione di rappresentanza già di per sé indebolita: un vero e proprio trionfo di fuochi d’artificio della postdemocrazia sindacale.

La forza delle cose è ovviamente sempre più forte delle ideologie, da qualunque parte esse provengono: le intese precontrattuali dopo la firma separata del contratto dei metalmeccanici, le difficoltà tecniche giuridiche che hanno dovuto affrontare gli imprenditori di fronte ad un contratto di categoria non unitario (la questione dell’ultrattività del precedente contratto e l’evidente discrasia del CCNL separato rispetto all’assetto costituzionale di fatto del sistema di relazioni industriali delineato nel protocollo del ’93, formalmente vigente e non impugnato da nessuno) (Mariucci 2004; Lassandari 2003), la stessa vicenda di Melfi con la sconfitta diretta sul campo della pratica e della ideologia degli accordi separati, hanno messo una pietra (si spera) tombale su questo disegno, dimostrando che l’unità d’azione delle organizzazioni sindacali non è solo un dato politico e di valore, ma di *struttura istituzionale* del sistema italiano di relazioni industriali.

Tutto questo induce un’amara riflessione: mentre si perde inutilmente tempo perseguendo mediocri progetti di riassetto istituzionale del sistema di diritto del lavoro e di relazioni sindacali, la postdemocrazia incalza ed incalza anche nei luoghi in cui la funzione di rappresentanza democratica del sindacato ha celebrato i propri fasti.

A prescindere dal contratto collettivo funzionalmente sovraccaricato, ove il problema obiettivamente si complica (Liso 1998), nella funzione classica della contrattazione collettiva, quella normativa, il problema della regolazione democratica della rappresentanza è stato inestricabilmente collegato a quello dell’efficacia *erga omnes* e alla necessità di un intervento legale che mettesse definitivamente in collegamento i due corni, quello della rappresentanza e quello dell’efficacia (Caruso 1992).

Ciò in virtù di un interrogativo tanto semplice, quanto incompreso al punto da rendere probabilmente ancora agitati i sonni dei padri costituenti. Costoro, in effetti, una risposta a quell’interrogativo avevano inteso darla (ancorché con strutture normative un po’ *naïve* e quindi discutibili): ad un *surplus* di potere normativo affidato all’attività tipica di soggetti formalmente privati, può corrispondere un loro deficit di legittimazione democratica? I conti ovviamente non tornano neppure nella contabilità, per altro, prudente della Corte Costituzionale (sent. n. 30/90 ove il monito al Parlamento sulla necessaria riforma della rappresentatività, ma pure cenni nella sent. n.

244/96) (Ricci 1999, 197 ss., 241 ss.).

Ci aveva tentato Massimo D'Antona in uno dei suoi ultimi scritti (1998a ora 2000) a spiegare, teoricamente, che il passaggio normativo della messa in collegamento della rappresentanza e del regime di efficacia dei contratti collettivi era ormai ineludibile. In quel saggio, si era sostenuto che la disposizione costituzionale (l'art. 39 II parte) non avrebbe generato effetti ostativi e di rigetto rispetto ad un prodotto di complicata mediazione politica, sindacale e parlamentare (ddl Gasperoni) ispirato alla struttura normativa di fondo, anche se non alle sue specifiche regole operative, del IV comma della Costituzione²⁹⁰.

L'argomento era quello tipico finalizzato alle conseguenze, in quel caso di politica legislativa, in qualche misura, dunque, debitore anch'esso dell'anomalia postpositivista del diritto del lavoro italiano degli anni '90; ma la stagione delle grandi riforme imponeva una militanza istituzionale in grado di conciliare progetto di alto profilo e capacità politica operativa.

La necessità del giro di boa verso una coerente, non invasiva, riflessiva, regolazione della rappresentanza negoziale e della efficacia del contratto collettivo è pressoché immutata rispetto a quella stagione e trova oggi ancora lucidi sostenitori (Mariucci 2005, Fontana 2004).

Del resto che il problema non possa essere accantonato con le classiche "spallucce" lo dimostra proprio la recente legislazione francese; in essa si rimette al centro del sistema di efficacia del contratto collettivo il principio di maggioranza; ciò avviene, occorre riconoscerlo, in un modello sindacale fortemente eterodiretto da un legislatore a volte paternalista, a volte un po' presuntuoso, mai sgomento di fronte alla complessità sociale. Questo passaggio viene attuato con modalità complesse riferite alle specificità di quel sistema introducendo regole che mirano ad un recupero della rappresentatività effettiva dei sindacati francesi attraverso la messa in moto di una dinamica *majoritaire* (Ray 2004) non solo *d'opposition* ma *positivement* affermata (*majority of commitment* nella traduzione inglese di Marie-Ange Moreau 2005).

Oltretutto, i sostenitori del collegamento tra efficacia generalizzata del contratto collettivo e regolazione o, più pudicamente, sostegno legislativo a moduli di rappresentanza negoziale democratica, trovano validi argomenti nella esperienza, giudicata positiva, del regolamentazione del lavoro pubblico con il noto meccanismo di selezione dell'agente sulla base della rappresentatività soglia o minima, *mixata* (elettorale ed associativa) e della validazione dell'accordo sulla base di un meccanismo di rappresentatività maggioritaria (Fontana 2004; *id* in questa rivista).

Che sia questa la strada da ricominciare a percorrere, come via di fuga dalla postdemocrazia sindacale, secondo le ragionevoli proposte di una nuova stagione di regole legali incentivanti l'autoregolazione democratica della funzione di rappresentanza negoziale del sindacato, non appare revocabile in dubbio.

Con la consapevolezza che un simile percorso, oltre che dipendere dalla volontà di tutti gli attori della vicenda, deve confrontarsi con un dato di struttura, in qualche modo indipendente dalla volontà politica: ogni progetto di riforma deve fare i conti con il fatto che il sistema italiano di rappresentanza sindacale, come le recenti vicende dimostrano, è strutturalmente e istituzionalmente ancorato alla prassi di unità d'azione delle grandi confederazioni e che tale unità, in

²⁹⁰ Per una rivisitazione dell'itinerario legislativo e delle cause dell'insuccesso del ddl, tra cui la stessa uccisione di M. D'Antona, si v. lo stesso firmatario: Gasperoni 2002.

qualche modo le trascende facendo aggio persino su logiche di organizzazione identitarie ed identificatrici (Accornero 2003); logiche che hanno finito per prevalere negli anni '90 (malgrado la grande occasione dell'autonomia ritrovata dal sistema politico) e agli inizi del nuovo secolo.

Non si vuol sostenere che l'unità di azione costituisca quasi una sorta di coazione pavloviana per le Confederazioni italiane. Essa è soltanto auspicabile per tante nobili ragioni ma non è detto che sol per questo si realizzi (Cella 2003). È indubbio, tuttavia, che il sistema di relazioni industriali italiano sembra non tollerare e rigettare come un corpo a sé estraneo la concorrenzialità della regolazione contrattuale che è la logica conseguenza del sindacalismo bipolare, all'insegna della disunità organica.

Talché le pallide (un po' furbe, un po' maldestre, a volte contraddittorie) disposizioni del d.lgs n. 276/03 incitanti la dis-unità d'azione potrebbero alla fine risultare soltanto malinconici residui di una tempesta...in un bicchiere d'acqua.

È evidente, allora, che ripensare a nuove regole implica che:

a) meccanismi legali selettivi di efficacia dei contratti collettivi possano essere fondati anche sulla regola maggioritaria (secondo modalità che attengono ai diversi e plurimi moduli che possono essere utilizzati). Ciò perché l'effetto di coazione (il potere di vincolo) non può essere sganciato (pena la deriva della postdemocrazia) da qualsiasi principio di legittimazione democratico-procedurale (il profilo della responsabilità dell'agente negoziale).

b) Questo significa non aborrire come nefasta e distruttiva qualsiasi ipotesi di dissenso verticale e di concorrenza intersindacale nella fase di conclusione degli accordi; proprio per questo esistono regole e principi (tra cui quello di maggioranza che può essere agganciato anche alla nozione di rappresentatività come nello schema attualmente in funzione nel settore pubblico); essi consentono di incanalare il dissenso in soluzioni razionali e alla fine anche più stabili²⁹¹. Il problema è solo di riuscire a calibrare le regole sull'esperienza storica dei diversi sistemi sindacali e sui diversi livelli (nazionale e decentrato) in cui si esercita la rappresentanza negoziale (il che non deve costituire necessariamente la quadratura del cerchio se persino i rissosi sindacati francesi ci sono riusciti).

In sintesi: non è detto che il pluralismo concorrenziale che può pure diventare una spinta al rinnovamento, se non induce logiche distruttive, non possa essere regolato e razionalizzato.

Detto brutalmente: tra accordi separati e di maggioranza, proceduralmente anche se indirettamente verificati, e magari con effetto sostenuto dalla legge, cosa è preferibile e cosa è meno distruttivo per il sistema?

Un vaccino contro il virus della postdemocrazia sindacale: ...urge!

Il virus della postdemocrazia sindacale non è un mutante come quello della flessibilità (Caruso 2005) e tuttavia si presenta egualmente robusto e resistente agli anticorpi. Concentrare gli sforzi per incuneare la rappresentanza democratica in un dominio poco ricettivo (la funzione di governo

²⁹¹ Nella ricerca di Baccaro citata, (2000, 491 ss), sulla base dell'analisi comparata delle reazioni dei lavoratori degli stabilimenti Fiat di Termoli e Modugno sulla stessa ipotesi d'accordo del 1994, si dimostra come una pratica dialogica di procedure di democrazia diretta finisca per canalizzare più fluidamente il consenso maggioritario sulle ipotesi di accordo, rendendolo più stabile (quel che avvenne a Modugno rispetto a Termoli).

dei sindacati) e per rilanciarla - anche mediante l'impulso di un intervento legale propulsivo e non invasivo - nel suo dominio elettivo (la funzione di rappresentanza negoziale del sindacato), è condizione necessaria per isolarlo e, quindi, combatterlo. Ma è pure sufficiente?

Solo dieci anni fa molti di coloro che si sono occupati dell'argomento, rispondevano affermativamente: considerato assestato ad un livello accettabile, anche se non sicuramente entusiasmante (Regalia 1999), lo standard della democrazia del sindacato associazione (quello fissato delle grandi confederazioni storiche), gli sforzi di ricerca e di proposta di modellistica regolativa, non a caso, si concentrarono sul sindacato organizzazione e sulla sua azione esterna. *Erga omnes* e riforma della rappresentanza nella funzione negoziale tradizionale, a di livello di settore e di impresa, hanno monopolizzato l'attenzione: i risultati di quella stagione e di quegli sforzi, non sono eccelsi ma neppure trascurabili; sono *threefold*, come si direbbe con un anglicismo.

a) La riforma del sistema di contrattazione nel pubblico impiego, cui si è accennato, con la generalizzazione legislativamente orientata della autoregolazione delle RSU e penetrazione della misurazione elettorale nella determinazione della nozione di rappresentatività.

b) La generalizzazione del metodo elettivo delle rappresentanze aziendali nel settore privato, per via di accordo interconfederale, anche se con un parziale azzoppamento (presente pure nel Protocollo del 93) di un principio cardine della democrazia rappresentativa come quello di proporzionalità (Fontana in questa rivista).

c) Il riconoscimento nello stesso protocollo del 93, simbolicamente importante - anche se ormai ridotto a una sorta di sopramobile in disuso dopo l'implosione del ddl Gasperoni - della necessità di un intervento legislativo finalizzato "ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi... espressione della maggioranza dei lavoratori nonché dell'eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi (punto f, paragrafo Rappresentanze sindacali).

È troppo? E poco? È sicuramente insufficiente, oggi, a contrastare il virus. Sarebbe probabilmente insufficiente anche nell'ipotesi in cui il ddl Gasperoni, con il quale si toccò il culmine della parabola del dibattito e della prassi istituzionale sulla democratizzazione della funzione di rappresentanza del sindacato, fosse andato in porto. Così non è stato e la parabola discendente della democrazia sindacale verso la postdemocrazia si è accentuata.

Non sembra, infatti, oggi che la dimensione dei problemi della postdemocrazia sindacale, cui si accennato sopra, possa essere contrastata semplicemente con le vie di fuga della democratizzazione della funzione di governo e di regolazione negoziale della rappresentanza, ove sono praticabili modelli di ingegneria regolativa adattati alle peculiarità dei sistemi sindacali nazionali.

Ciò per una ragione tanto semplice nell'analisi quanto complessa nei possibili rimedi.

Il virus della postdemocrazia sindacale è un virus globale non soltanto né semplicemente nazionale; riguarda tutti i sistemi ed è drammaticamente evidenziato dal calo generalizzato della *union density* (anche se non è facile individuare, almeno per gli anni '90, una connessione diretta tra globalizzazione economica e declino della *union membership*: Lange e Scruggs 1999).

Il virus si identifica, dunque, attraverso il ricorso massiccio, che non pare arrestarsi (OECD 2004, III cap.), all'opzione *exit* che, come è noto, per le associazioni volontarie, come i sindacati, costituisce la variante di mercato della logica della democrazia (Hirshman 1982).

Tale dimensione sovranazionale del virus è legata a cause strutturali connesse alla modificazione

morfologica dei luoghi di lavoro, alla crisi della solidarietà “meccanica” e alla trasformazione delle identità nel lavoro indotte dalla globalizzazione che, mettendo in discussione le dinamiche vitali del consenso, delegittimano, inaridendola, la fonte stessa di legittimazione del sindacato (Regalia 1999, 903; Rosanvallon 1988)

La rappresentanza e la stessa funzione del sindacato, in sè considerata, dunque, perde un po' ovunque *appeal*. L'incubo di un sindacato postdemocratico e “neo barbaro” con un apparato autoreferenziale e autolegittimato o legittimato solo istituzionalmente, di cui appare nebuloso il senso e la missione, che negozia privilegi per se e per pochi segmenti di privilegiati, anziché diritti e tutele per gli esclusi e i perdenti, ma che non sa neppure intercettare le domande dei nuovi artigiani della produzione di sapere (Regini 2003); che si limita a “vendere” servizi agli associati secondo il modello del *business* o *managerial unionism* che sembra attecchire in qualche settore nel RU e in Australia (Vines 1998); l'incubo universale rappresentato amaramente nel magnifico film di Denys Arcand (Le invasioni barbariche) dai sindacalisti canadesi (ma chi non li ha riconosciuti come propri?) co-gestori del disservizio pubblico della sanità; l'incubo del sindacato che si oppone, per principio o per ideologia, a processi di modernizzazione e redistribuzione del welfare; ebbene tale incubi rischiano di diventare la realtà della postdemocrazia sindacale.

Qui si tocca il nervo scoperto della rifondazione della rappresentanza sindacale nell'epoca della globalizzazione che è l'unico decisivo vaccino contro il virus della postdemocrazia: con quali strumenti, oltre che politiche, ridare senso alla solidarietà del lavoro che non può non essere transnazionale nelle forme e nei contenuti (oggi, in particolare, in piena sintonia con i valori e le indicazioni che provengano dalla Costituzione europea); come riorganizzare un nuovo modello di rappresentanza e una nuova confederalità che si misuri e che sia all'altezza della complessità dei problemi della fabbrica senza confini, spalmata sul territorio; come farsi agente di capitale sociale senza perdere i contatti con “l'umanesimo” della propria funzione di rappresentante di chi sta peggio; come sintetizzare vecchie e nuove, molteplici identità, chi si formano nel lavoro che cambia e che però non sono riconducibili solo ad esso; identità, fra l'altro, che non possono essere fuse e ricondotte ad omogeneità.

Tutto ciò in un progetto di ripensamento inclusivo delle proprie strutture di organizzazione, di rappresentanza e delle stesse strategie e logiche di azione e tenendo il passo imposto dall'accelerazione del cambiamento che la globalizzazione impone ma non negando, per ciò, la propria storia e la propria memoria. Sono questi i passaggi stretti da attraversare per evitare la postdemocrazia.

Qui il giurista deve desolatamente fermarsi. Può fare qualcosa ma non molto.

Bibliografia

AAVV (2003), Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale, Il Tema, Lav. dir., 2, p. 163 ss.

Accornero A. (2004), L'individualismo di mercato e il lavoro post-fordista, Quad. Rass. Sind., 1, p. 9 ss.

Accornero A. (2003), La disunione sindacale, Mulino, 52, p. 229 ss.

Accornero A. (2002), La “società dei lavori”, Soc. Lav., 80, p. 49 ss.

- Amato G. (2002), *Tornare al futuro*, Laterza, Bari.
- Armstrong K.A. (2002), *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, *Eur. Law Journ.*, 8, 1, p. 201 ss;
- Baccaro L. (2000), *Democrazia sindacale: procedure decisionali nell'esperienza italiana*, *Stato e Mercato*, 60, p. 477 ss.
- Barbash J. (1967), *American Unions: Structure, Government, and Politics*, Random house, NewYork.
- Barnard C. (2002), *The Social Partners and the Governance Agenda*, *Eur. Law Journ.*, 8, 1, p. 80 ss.
- Bauman Z. (2003), *Intervista sull'identità*, a cura di B. Vecchi, Laterza, Bari.
- Bellardi L. (2004), *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, *Lav. Dir.*, 1, p. 1 ss.
- Bellardi L. (1999), *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, Bari.
- Biagi M. (1986), *Sindacato, democrazia e diritto*, Giuffrè, Milano.
- Carinci F. (2004), *Regioni e sindacato nel D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, *Lav. Giur.*, 3, p. 210 ss.
- Caruso B. (2005), *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi, di prossima pubblicazione negli scritti in onore di G. Ghezzi*, Cedam, Padova.
- Caruso B. (2002), *Il conflitto post moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1, p. 93 ss.
- Caruso B. (2001a), *Federalismo e struttura della contrattazione collettiva*, *Lav. Dir.*, 15, 3, p. 437 ss.
- Caruso B. (2001b), *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva. Un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, *Dir. Rel. Ind.* 11, 4, p. 29 ss.
- Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, F. Angeli, Milano.
- Caruso B. (1986), *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè, Milano.
- Caruso B. – Zappalà L. (2005) *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990-2004) (comparative study coordinated by S. Sciarra), National Report Italy*, di prossima pubblicazione.
- Castel R. (2004), *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, Torino.
- Castells M. (2003), *Il potere delle identità*, Egea, Università Bocconi, Milano.
- Castronovi A. (2004), *Fiat di Melfi, dalla partecipazione al conflitto*, *Il Ponte*, 5, p. 85 ss.
- Cella G.P. (2003), *L'unità sindacale possibile*, *Aggiorn. Soc.*, 54, 2, p. 123 ss.
- Cerosimo D. (2004), *La lezione di Melfi*, *Quad. Rass. Sind.*, 4, p. 174 ss.
- Coleman J.S. (1960) *The Compulsive Pressures of Democracy in Unions*, in Lipset & Galeson (ed.), *Labor and Trade Unionism. An Interdisciplinary Reader*, Wiley & S., Inc., New York.

- Crouch C. (2003), *Postdemocrazia*, Laterza, Bari.
- D'Antona (ora 2000), *Opere. Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, vol. IV, a cura di Caruso e Sciarra, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. (1999 ora 2000), *Per una storia del patto dei trasporti*, in *Opere*, vol. II, a cura di Caruso e Sciarra, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. (1998a ora 2000), *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, in *Opere*, vol. II, a cura di Caruso e Sciarra, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. (1998b ora 2000), *Diritto del lavoro di fine secolo*, in *Opere*, vol. I, a cura di Caruso e Sciarra, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. (1988 ora 2000), *Nuove regole dell'organizzazione sindacale*, in *Opere*, vol. II, a cura di Caruso e Sciarra, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. (1987 ora 2000), *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Opere*, vol. III, tomo II, a cura di Caruso e Sciarra, Giuffrè, Milano.
- De Schutter (2002), *Europe in Search of its Civil Society*, *Eur. Law Journ.*, 8, 2, p. 198 ss.
- Di Siena P. (2004), *Un capitolo nuovo nelle relazioni industriali*, *Quad. Rass. Sind.*, 4, p. 195 ss.
- Ewing K.D. (2005), *The function of Trade Unions*, *Ind. Law Journ.*, 34, p. 1 ss.
- Fontana G. (2004), *Profili della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino.
- Fukuyama F. (2005), *Esportare la democrazia, State-building e ordine mondiale nel XXI secolo*, Lindau.
- Fukuyama F. (2003), *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano.
- Gasperoni P. (2002), *La rappresentanza sindacale per via legislative o negoziale?*, *Quad. Rass. Sind.*, 1, p. 67 ss.
- Giannini M.S. (1986), *Il Pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna.
- Hirschman A.O. (1982), *Lealtà, defezione protesta*, Bompiani, Milano.
- Kenner J. (2003), *EU Employment Law*, Hart Publishing, Oxford.
- Korpi W. (1980), *The Working class in the Welfare Capitalism*, Routledge & Kegan Paul, London.
- La Macchia C. (2004), *L'esercizio della rappresentatività sindacale nella riforma del mercato del lavoro del 2003*, *Riv. Giur. Lav.*, p. 159 ss.
- Lange P. Scruggs L. (1999), *Where have all the members gone? La sindacalizzazione nell'era della globalizzazione*, *Stato e Mercato*, 55, 39 ss.
- Lassandari A. (2003), *Considerazioni a margine della «firma separata» del contratto collettivo nazionale per i lavoratori metalmeccanici*, *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 709 ss.
- Lipset S.M., Trow M.A., Coleman J. S. (1956), *Union Democracy: The Internal Politics of the International Typographical Union*, Glencoe, Free Press.

- Liso F. (1998), Autonomia collettiva e occupazione, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 78, 2, p. 191 ss.
- Mariucci L. (2005), Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 52. [Http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005)
- Mariucci L. (2004), Le cd. Intese precontrattuali nel settore metalmeccanico, *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 115 ss.
- Mény Y. & Surel Y., (2004), *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna.
- Minda G. (2001), *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- Moreau M. (2005), *Collective bargaining in France between 1990 and 2004*, (comparative study coordinated by S. Sciarra), *National Report France*, di prossima pubblicazione.
- Napoli M. (2002), Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 93, 1, p. 85 ss.
- OECD (2004), *Employment outlook report*, OECD.
- Offe C. (1981), L'attribuzione dello status pubblico ai gruppi d'interesse: osservazione sul caso della Germania occidentale, in S. Berger (a cura di), *L'organizzazione degli interessi, nell'Europa Occidentale*, Il Mulino, Bologna.
- Persiani M. (2004), Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro, *Arg. Dir. Lav.*, 1. p. 1 ss.
- Pizzorno A. (1978), Le due logiche dell'azione di classe, in AAVV, *Lotte operaie e sindacato. Il ciclo 1968-1972*, Il Mulino, Bologna.
- Proia G. (1994), *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano.
- Putnam R. D. (2004), *Capitale sociale e individualismo*, Il Mulino, Bologna.
- Ray J. (2004), Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, *Droit Soc.*, p. 591 ss.
- Regalia I. (2003a), Per una nuova fase e una ridefinizione dell'azione sindacale, *Quad. Rass. Sind.*, 1, p. 17 ss.
- Regalia I. (2003b), *Decentralizing Employment Protection in Europe: Territorial Pacts and Beyond*, in Zeitlin-Trubek (eds), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, OUP, Oxford.
- Regalia I. (1999), Quale democrazia nel sindacato. Note a margine di uno studio sui congressi sindacali in Italia, in *Studi in onore di Gino Giugni*, vol. II, Cacucci, Bari, p. 897.
- Regini M. (2003), I mutamenti nella regolazione del lavoro e il resistibile declino dei sindacati europei, *Stato e Mercato*, 67, p. 83 ss.
- Ricci G. (2004), *Flexible Working Time: the Italian Case*, in *Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy* (edited by B. Caruso and M. Fuchs), Nomos, Giuffrè, Baden Baden, Milano.
- Ricci M. (1999), *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari.

- Rosanvallon P. (1988). *La question syndicale: histoire et avenir d'une forme sociale*, Calmann Levy, Paris.
- Sabel C. F. (1981), *La Politica interna dei sindacati*, in S. Berger (a cura di), *L'organizzazione degli interessi, nell'Europa Occidentale*, Il Mulino, Bologna.
- Sartori G. (1993), *Democrazia cos'è*, Rizzoli, Milano.
- Sartori G. (1972), *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna.
- Sen A. (2004), *La democrazia degli altri*, Mondadori, Milano.
- Sen A. (2002), *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano.
- Stone K. V. W. (2004), *From Widgets to Digits*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Streeck W. (1982), *Organizational Consequence of Corporatist Cooperation in West German Labor Unions*, in G. Lehmbruch e P. Schmitter, a cura di, *Patterns of Corporatist Policy-Making*, Sage, Beverly Hills.
- Vines J. (1998), *From Trade Union to 21st Century Organization*, *Perspectives on Work*, 2,1, p. 31 ss.
- Visser J. (1997), *Due evviva per il neo-corporativismo, uno per il mercato. Il caso olandese*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 76, 4, p. 581 ss.
- Wilkinson M.A. (2003), *Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism*, *Eur. Law Journ.*, 9, 4, p. 471 ss.
- Zoll R. (2003), *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, Il Mulino, Bologna.

Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*

Michele Tiraboschi

1. Posizione del problema	95
2. La separazione del lavoro dalla impresa: un fenomeno di modernità?	99
3. Esternalizzazione delle relazioni di lavoro e innovazione organizzativa nella nuova economia	101
4. <i>Segue</i> : esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano in una prospettiva di competitività di sistema	106
5. Il nuovo quadro regolatorio delle esternalizzazioni: dalla contrapposizione «centro – periferia» alla logica della «integrazione contrattuale»	110
6. Verso un nuovo diritto delle risorse umane	118

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 29/2005

1. Posizione del problema

È stato giustamente osservato – sin dai primi commenti “a caldo” del decreto legislativo n. 276 del 2003, ora modificato e integrato dal decreto legislativo n. 251 del 2004 ⁽²⁹²⁾ – che la disciplina dei fenomeni interpositori e della esternalizzazione delle relazioni di lavoro costituisce una delle novità maggiori della riforma Biagi del mercato del lavoro ⁽²⁹³⁾.

Tale considerazione, invero, è talvolta calata in un quadro valutativo fortemente critico di questo specifico segmento della riforma – contenuto nei Titoli III e IV del decreto – e delle molteplici innovazioni normative ad essa connesse ⁽²⁹⁴⁾. È stato infatti sostenuto che le nuove disposizioni in materia di somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda hanno come unico obiettivo quello di incrementare le già pur considerevoli possibilità di segmentazione dei processi produttivi e di scorporo aziendale ⁽²⁹⁵⁾, «alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo» ⁽²⁹⁶⁾.

Anche la dottrina più sensibile alle esigenze di una profonda revisione della disciplina in materia di esternalizzazioni non ha talora esitato a parlare – sia pure dando per scontate talune inevitabili approssimazioni ⁽²⁹⁷⁾ – di un modello di organizzazione del sistema produttivo di impronta inequivocabilmente neo-liberista. Un modello certamente attenuato, rispetto a quello proprio del «liberismo statunitense, e in qualche modo consapevole della tradizione garantista del diritto del lavoro italiano», ma pur sempre finalizzato a smantellare i preesistenti vincoli giuridici al decentramento e all'appalto così da salvaguardare, una volta circoscritta l'area dell'illecito ai «soli processi guidati da logiche puramente fraudolente e anti *labour*», le scelte organizzative ma anche le convenienze economiche dell'imprenditore ⁽²⁹⁸⁾.

Non può pertanto sorprendere che il nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori e delle esternalizzazioni sia stato così da taluno inteso – e rappresentato – alla stregua di un micidiale detonatore, che potrebbe rivelarsi capace di innescare, in breve tempo, sequenze devastanti di frantumazione della compagine organizzativa dell'azienda. Ad essere premiate – e dunque incentivate – dal legislatore della riforma sarebbero fondamentalmente logiche gestionali motivate

⁽²⁹²⁾ Vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

⁽²⁹³⁾ Cfr., per tutti, P.A. REBAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, in LD, 2004, qui 172, e anche S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in G. FERRARO, *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 189.

⁽²⁹⁴⁾ Sul nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori cfr., per una bibliografia ragionata e per taluni percorsi di lettura, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 415-419.

⁽²⁹⁵⁾ Il tema della segmentazione dei processi produttivi è stato recentemente affrontato, nella lettura italiana e in una prospettiva di analisi economica del diritto, da L. CORAZZA, “Contractual integration” e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2005, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁽²⁹⁶⁾ Così, nel quadro di una approfondita disamina della nuova disciplina scaturita con il d.lgs. n. 276/2003, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, qui 92. Nella stessa prospettiva cfr. V. SPEZIALE, *Somministrazione di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, spec. 277-279, e F. SCARPELLI, *Appalto*, ivi, qui 437.

⁽²⁹⁷⁾ Così, testualmente, R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in RIDL, 2004, I, qui 539.

⁽²⁹⁸⁾ Ancora R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, qui 531.

nient'altro che da una corsa al ribasso dei trattamenti economici e normativi del lavoro dipendente ⁽²⁹⁹⁾, e non invece i tanto auspicati processi di modernizzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese ⁽³⁰⁰⁾. Quei processi di specializzazione e innovazione organizzativa che, almeno secondo le intenzioni manifestate dal legislatore nella relazione tecnica di accompagnamento del decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽³⁰¹⁾, avrebbero per contro dovuto contribuire ad allontanare, una volta per tutte, lo spettro della speculazione parassitaria sui risultati del lavoro altrui che da sempre aleggia sui fenomeni interpositori.

In questa prospettiva – che, è bene anticipare subito, non risulta allo stato suffragata da alcun dato scientifico e oggettivo ⁽³⁰²⁾ – e portando alle estreme conseguenze siffatte considerazioni, sino al punto di rasentare il paradosso, non è poi neppure mancato chi è persino giunto a dubitare della reale utilità, per il sistema produttivo e le aziende, del nuovo quadro legale delle esternalizzazioni delle relazioni di lavoro. È stato infatti sostenuto, anche da quanti hanno criticato la riforma Biagi per un (presunto) eccesso di flessibilità e liberalizzazione del mercato del lavoro, che il decreto legislativo n. 276 del 2003 finirebbe per mortificare, da questo specifico punto di vista, non solo le istanze di tutela del lavoro e le logiche della solidarietà collettiva ma, prima ancora, le esigenze di competitività del sistema e di efficienza organizzativa e gestionale delle stesse imprese ⁽³⁰³⁾.

Ne risulta un quadro complessivo dalle fosche tinte. Un quadro in cui, al pari di lavoratori e organizzazioni sindacali, anche datori di lavoro, direttori del personale e dirigenti aziendali dovrebbero risultare letteralmente spiazzati da una riforma inutile, prima ancora che tecnicamente male apprestata ⁽³⁰⁴⁾.

A sostegno di questa linea di pensiero si richiamano, per un verso, gli esorbitanti costi di «quello che il decreto attuativo della legge 30 chiama, con un termine dal vago sentore medico,

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. P. CHIECO, *op. loc. ult. cit.*, cui adde U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in LD, 2004, spec. 39-38, e L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in LD, 2004, 11.

⁽³⁰⁰⁾ Tra quanti, in dottrina, sollecitavano una revisione del quadro legale sulle esternalizzazioni, nell'auspicio di una moderna normativa adeguata a sostenere i nuovi modelli di produzione e organizzazione del lavoro, cfr., in particolare, M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi: un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, 141 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 9 ss.; P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, in AA.Vv., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss. e 361 ss.

⁽³⁰¹⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Di specializzazione e sostegno alla innovazione dei processi produttivi e di organizzazione del lavoro parla, a più riprese, anche il *Libro Bianco* sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001 anche questo reperibile alla stessa voce.

⁽³⁰²⁾ Come si è cercato di sostenere sin dai primi giorni di vita del d.lgs. n. 276/2003 (cfr. M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana ADAPT – Fondazione "Marco Biagi", n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 3-30), e come dovrebbe essere logico anche solo in base a parametri e considerazioni di buon senso, un giudizio attendibile sugli effetti pratici della riforma sarà possibile solo dopo una prima fase di sperimentazione delle innovazioni in essa contenute.

⁽³⁰³⁾ In questo senso cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 166.

⁽³⁰⁴⁾ Insiste ossessivamente sulla fattura delle norme, tanto da farne il vero e unico *leit motiv* delle proprie valutazioni critiche sulla riforma, M. PEDRAZZOLI, *La correzione della c.d. riforma Biagi*, in AA.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, VII.

somministrazione di lavoro» ⁽³⁰⁵⁾ e, per altro verso, si enfatizza un presunto «caos organizzativo e gestionale (che deriverebbe) dalla compresenza nello stesso spazio lavorativo, sia quello di una fabbrica o di un palazzo uffici, di lavoratori inquadrati da dozzine di contratti di lavoro differenti» tra cui vanno annoverati appunto «i cosiddetti terzisti, che entrano all'interno dei suoi impianti e uffici per lavorare a fianco a fianco dei dipendenti dell'impresa motrice» ⁽³⁰⁶⁾.

Alla retorica, invero stantia e largamente smentita dalla ricerca storica e giuridica ⁽³⁰⁷⁾, di quanti intravedono nelle moderne agenzie di somministrazione dei *nouveaux marchands d'hommes* – e, per l'occasione, rispolverano incautamente e con buona dose di cinismo l'immagine, legata a fenomeni del tutto differenti, della mercificazione del lavoro di marxiana memoria ⁽³⁰⁸⁾ – si è dunque progressivamente affiancato un più sottile e penetrante filone critico che, nella sua espressione più grezza, pare tuttavia pregiudizialmente finalizzato a nient'altro che a depotenziare gli effetti della riforma. Non più però sul terreno del conflitto e della dialettica intersindacale ⁽³⁰⁹⁾ ovvero della pregiudiziale ideologica e di politica del diritto ⁽³¹⁰⁾ ma, ancora prima, sulla base di semplici – quanto grossolane e approssimative – valutazioni di razionalità economica che dovrebbero mettere in guardia le imprese circa l'effettiva utilità e i vantaggi, per l'organizzazione aziendale, di una legislazione del lavoro che pure non si esita a etichettare, invero non senza qualche evidente contraddizione, come ultraliberista e mercantilista ⁽³¹¹⁾.

Interagire con centinaia di persone che, oltre a far capo a decine di aziende diverse, sono anche titolari di dozzine di contratti di lavoro differenti – è stato infatti scritto da chi, molto probabilmente, conosce unicamente i metodi di produzione e organizzazione del lavoro propri della vecchia fabbrica fordista ⁽³¹²⁾ – «significa aver a che fare con un'infinita varietà di interessi e di atteggiamenti, con conflitti interpersonali e intergruppo, con processi legati all'ininterrotto confronto

⁽³⁰⁵⁾ Così L. GALLINO, *Il lavoro atipico che fa male alle aziende*, in *La Repubblica*, 5 giugno 2004. Nella dottrina giuslavoristica cfr., sulla stessa linea di pensiero, M. LAMBERTI, *Ragionando di esternalizzazioni: la prestazione di lavoro nei contesti multidatoriali*, in G. FERRARO, *op. cit.*, qui 405.

⁽³⁰⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁰⁷⁾ Ma ciò nonostante ancora fortemente radicata nel nostro Paese. È sufficiente ricordare, a questo proposito, i lavori parlamentari che hanno accompagnato l'iter di approvazione della l. n. 30/2003, da cui è poi scaturito il d.lgs. n. 276/2003, per accorgersi di come la somministrazione di lavoro venga ancora oggi da taluno semplicisticamente assimilata al caporalato e allo sfruttamento a fini speculativi del lavoro altrui. I lavori parlamentari sono reperibili all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Il dato non è nuovo e analoghe manifestazioni critiche si erano registrate nel corso della approvazione della l. n. 196/1997.

⁽³⁰⁸⁾ Cfr. K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, I, Einaudi, Torino, 1954 ma 1867, qui 172, con riferimento a quei «rapaci parassiti (che) s'infiltrano fra il datore di lavoro vero e proprio e l'operaio». Sia consentito rinviare, sul punto, alla analisi storico-giuridica condotta in chiave comparata nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, spec. Cap. III, e ivi gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁽³⁰⁹⁾ La situazione di conflitto che ha accompagnato l'iter di approvazione della riforma Biagi del mercato del lavoro è puntualmente descritta da M.R. IORIO, *Riforma Biagi e conflitto*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 731-745.

⁽³¹⁰⁾ Per questi profili cfr. M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l'impatto sulle relazioni industriali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 635-649.

⁽³¹¹⁾ Così, tra i tanti, G. GHEZZI, *Introduzione*, in P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Lavoro: ritorno al passato – Critica del Libro Bianco e della legge delega al Governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 2002, 10. Più recentemente, cfr. la *Premessa dei curatori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, ES, Napoli, 2004, qui 8.

⁽³¹²⁾ Sulla connessione tra processi di esternalizzazione e declino di quella fabbrica fordista che realizza «all the functions required to manufacture their products» cfr. *infra* il § 3 e, sin d'ora, A. SUPLOT, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe – A report prepared for the European Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

tra il proprio trattamento retributivo e quello del vicino. In tale situazione, governare l'organizzazione d'impresa ed i processi produttivi diventa un impegno che perfino Sisifo rifiuterebbe, trovando preferibile il suo» ⁽³¹³⁾.

Difficile dunque, se non impossibile, per datori di lavoro e dirigenti gestire le risorse umane e materiali di una impresa che cambia così radicalmente – e magicamente, si direbbe – per semplice imposizione legislativa. Una impresa che solo ora, in virtù di una legislazione finalizzata unicamente a incentivare la massima «volatilità del personale occupato», e non certo in ragione di processi economici e sociali pure da tempo in atto (ma v. *infra*, § 3), perderebbe così, e definitivamente, la sua innata identità di «maestosa costruzione saldamente radicata al suolo» per trasformarsi in una sorta di «enorme voliera» ⁽³¹⁴⁾. Altrettanto difficile – si aggiunge – diventa anche perseguire gli obiettivi della crescita, della produttività e della competitività del nostro apparato produttivo, che pure – si è costretti a riconoscere – «non possono ragionevolmente prescindere da apporti specialistici, da parte di imprese fornitrici o appaltatrici altamente qualificate, al ciclo produttivo dell'impresa-madre o committente» ⁽³¹⁵⁾.

Il decreto legislativo n. 276 del 2003, avallerebbe dunque, almeno secondo una parte degli osservatori e commentatori della riforma Biagi, un disegno di politica economica e del diritto di basso profilo perché rivolto unicamente alla drastica riduzione dei costi del lavoro. E questo attraverso strumenti e accorgimenti i quali consentano cioè «di peggiorare la condizione economico-normativa della manodopera, di rendere difficile, mediante la frantumazione, materiale o giuridica, degli ambiti lavorativi, l'aggregazione di interessi collettivi contrapposti, e di deresponsabilizzare, altresì, gli imprenditori tanto nei confronti dei singoli lavoratori quanto nei confronti delle loro organizzazioni sindacali» ⁽³¹⁶⁾.

Depurato dalla sua marcata connotazione ideologica e caricaturale, che ne fa perdere il tratto insieme più raffinato e potenzialmente innovativo sul versante della critica del diritto, il summenzionato filone interpretativo pare invero assumere una importanza non secondaria nello studio del nuovo regime giuridico delle esternalizzazioni del lavoro. E questo non solo perché le rilevazioni dell'Istat ⁽³¹⁷⁾ – così come le più recenti indagini dell'Isfol ⁽³¹⁸⁾, del Cnel ⁽³¹⁹⁾ e del Centro Studi di Confindustria ⁽³²⁰⁾ – nel registrare, a oltre un anno dalla entrata in vigore del decreto

⁽³¹³⁾ Così: L. GALLINO, *Il lavoro atipico che fa male alle aziende*, cit., e già ID., *Se tre milioni vi sembrano pochi*, Einaudi, Torino, 1998.

⁽³¹⁴⁾ Così: U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, qui 35 e anche 37, ove aggiunge che la volatilità del personale sconfina, in caso di somministrazione, con l'invisibilità, in quanto i lavoratori in missione non sono computati nell'organico dell'impresa utilizzatrice. Vero è, peraltro, che detti lavoratori risultano già computati nell'organico della agenzia di somministrazione di lavoro ragione per cui non si comprende la necessità del doppio computo. In questi stessi termini si era del resto già espressa la l. n. 196/1997.

⁽³¹⁵⁾ Così: P. ALLEVA, *op. cit.*, 166. Cfr. altresì, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, spec. 74-79, cui adde M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 404.

⁽³¹⁶⁾ Ancora P. ALLEVA, *op. loc. ult. cit.*

⁽³¹⁷⁾ Le rilevazioni trimestrali dell'Istat sulla forza-lavoro del 2004 segnalano infatti che negli ultimi mesi sono stati creati circa 250 mila posti di lavoro permanenti a tempo indeterminato, mentre è diminuito di ben 110 mila unità il numero di lavoratori temporanei. In tema cfr. P. GARIBALDI, *L'occupazione cresce ancora*, in *La voce. Info*, 30 marzo 2004. Le più recenti rilevazioni trimestrali dell'Istat sulle forze lavoro sono reperibili in www.csmb.unimo.it/Boll. Adapt.

⁽³¹⁸⁾ ISFOL, *Rapporto 2004*, Roma, novembre 2004.

⁽³¹⁹⁾ CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 2003*, Roma, luglio 2004.

⁽³²⁰⁾ CONFINDUSTRIA, *La trasformazione industriale in Europa – Previsioni macroeconomiche*, a cura del Centro Studi, Roma, dicembre 2004, n. 2, qui 86-88.

legislativo n. 276 del 2003, un incremento della occupazione stabile e di qualità e una riduzione del lavoro sommerso sconfessano alla radice la critica che fa leva sulla destrutturazione del mercato del lavoro e, con essa, la retorica della precarizzazione del lavoro ⁽³²¹⁾.

Vero è, semmai, che le recenti riforme del mercato del lavoro, a partire dal pacchetto Treu del 1997, hanno contribuito a contenere e governare quelle insidiose forme di flessibilità non normativa e sindacalmente non tutelata che, nel confronto comparato, fanno del diritto del lavoro italiano – che pure rimane sulla carta uno dei più rigidi ⁽³²²⁾ – uno dei più ineffettivi e deregolamentati sul piano della prassi applicativa. Questo è almeno quanto testimoniano le impressionanti stime del lavoro nero e irregolare che, con circa 4 milioni di lavoratori non dichiarati, fanno registrare tassi due/tre volte superiori alla media degli altri Paesi ⁽³²³⁾.

Piuttosto, coglie precisamente nel segno chi, pur giudicando la scelta almeno in parte temeraria, proprio alla luce della assai articolata composizione economica e sociale del Paese, afferma ora che con la riforma Biagi la tutela del lavoro, inteso come patrimonio dell'impresa, «è lasciata assai più all'imprenditore che non, come avveniva in passato, alla norma, compiendo cioè una duplice scommessa: una sugli imprenditori e una sull'aumento di potere contrattuale dei lavoratori» ⁽³²⁴⁾.

Come dire che le imprese hanno ora, indubbiamente, un contesto giuridico di riferimento propizio alla innovazione organizzativa e all'investimento in capitale umano. Anche se poi si dubita in merito alla reale capacità di direttori del personale e dirigenti aziendali di innescare processi di modernizzazione che pure appaiono così necessari per vincere la sfida competitiva imposta dalla globalizzazione dei mercati.

2. La separazione del lavoro dalla impresa: un fenomeno di modernità?

Chi voglia oggi ricostruire con serenità di giudizio il nuovo quadro legale dei rapporti interpositori non può in effetti non confrontarsi con questa originale quanto suggestiva linea di pensiero, particolarmente apprezzabile anche perché contribuisce a sgombrare il terreno da valutazioni grossolane quanto preconcepite sulle reali finalità e sui presunti effetti destrutturanti del decreto legislativo n. 276 del 2003, rispetto alle dinamiche del nostro mercato del lavoro ⁽³²⁵⁾.

⁽³²¹⁾ Per questo profilo cfr. la puntuale analisi di E. REYNERY, *Qualità del lavoro e flessibilità sostenibile, in 1983-2003: la politica locale del lavoro in provincia di Trento compie vent'anni*, in *OrientaLavoro*, 2004, n. 1, suppl., 111-118 (vedilo anche in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

⁽³²²⁾ Per un confronto comparato cfr., se vuoi, il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 144- 204.

⁽³²³⁾ Cfr. ISTAT, *La misura dell'occupazione non regolare nelle stime di contabilità nazionale: un'analisi a livello nazionale, regionale e retrospettiva a partire dal 1980*, Roma, dicembre 2004, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*. Per una ampia documentazione sul fenomeno del lavoro sommerso in Italia e nel confronto comparato si veda il sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali <http://emersione.welfare.gov.it/IES/home.asp> e ivi preziose indicazioni bibliografiche e rapporti di ricerca comunitari, nazionali e locali.

⁽³²⁴⁾ Così, lucidamente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 171. Nella stessa prospettiva cfr. altresì A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale – Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. Cap. III, sez. II.

⁽³²⁵⁾ Si attarda ancora su questo profilo A. PERULLI, *Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, qui spec. XIII-XIV, con sottili disquisizioni sulle intenzioni dichiarate e sugli intenti reali del legislatore, quando invece, a oltre un anno dalla entrata in vigore della riforma, sarebbe stato sicuramente più interessante valutarne i primi esiti applicativi (v. i dati richiamati *supra* alle note 25, 26, 27, 28), in modo da suffragare con elementi fattuali e oggettivi quelle che, altrimenti, risultano essere mere petizioni di principio facilmente ribaltabili anche solo in una mera logica dialettica di critica e rovesciamento.

Secondo questa prospettiva di analisi il legislatore della riforma avrebbe invero dimostrato, meglio che in passato ⁽³²⁶⁾, di conoscere i problemi pratici di organizzazione aziendale e gestione del personale ⁽³²⁷⁾, con buona pace di quanti ancora oggi ritengono che il diritto debba risultare impermeabile ai processi normativi reali ⁽³²⁸⁾. Non a caso la riforma Biagi è particolarmente apprezzata da quanti rifuggono da una concezione del diritto come sapere dogmatico e tecnico fine a sé stesso ⁽³²⁹⁾: un sapere patrimonio di pochi adepti, incuranti del suo grado di effettività ed esigibilità – oggi davvero troppo basso per rispondere realisticamente alla finalità, pure spesso enfaticamente sbandierata dai critici della riforma, di tutela del lavoratore in carne e ossa ⁽³³⁰⁾ – e che spesso alimenta, nella inaccessibilità/complessità del dato legale, quello che Pietro Ichino ha giustamente definito il grande *business* del diritto del lavoro ⁽³³¹⁾.

Tuttavia – e qui sta l'osservazione critica a prima vista più penetrante e meglio argomentata – è stato avanzato il dubbio che lo stesso legislatore abbia colpevolmente sottovalutato le conseguenze relative «ad una soluzione un po' sbrigativa» ⁽³³²⁾ dei principali problemi giuridici legati alla organizzazione del lavoro. Il rischio è quello di finire per adottare, in questo modo, un impianto normativo complessivamente «più orientato a superare le criticità operative e gestionali, auspicabilmente con esiti positivi per aziende e lavoratori, che a modernizzare il diritto del lavoro nell'ottica della valorizzazione delle risorse umane. Attività che naturalmente resta interamente compito e di interesse delle imprese» ⁽³³³⁾.

Il regime giuridico delle esternalizzazioni faciliterebbe indiscutibilmente, in altri termini, i fenomeni di circolazione dell'azienda e anche la possibilità di procedere a un utilizzo strutturale, all'interno di una compagine d'impresa sempre più frantumata, di personale dipendente da altri operatori economici, vuoi in regime di appalto vuoi in regime di somministrazione o distacco ⁽³³⁴⁾. Vengono infatti definitivamente superate quelle situazioni di «obsolescenza» dell'ordinamento giuridico del lavoro italiano – come le definiva Marco Biagi ⁽³³⁵⁾ – che per lungo tempo, in virtù di

⁽³²⁶⁾ Così, letteralmente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 182.

⁽³²⁷⁾ Il che non sorprende, visto che la riforma è stata oggetto di un serrato confronto con le parti sociali e gli operatori economici, alla ricerca di soluzioni aderenti, più che a logiche di mera razionalità giuridica, ai reali problemi presenti nella prassi applicativa. Cfr., sul punto, V. D'ORONZO, *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 747-771, e ivi anche le testimonianze delle parti sociali, largamente favorevoli alla riforma, raccolte nella Parte II, Sez. (C), *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale: la posizione del governo e il giudizio delle parti sociali*.

⁽³²⁸⁾ In questa prospettiva cfr., da ultimo, A. PERULLI, *Introduzione*, cit., qui spec. XIII-XIV, che accusa il legislatore di scarsa dimestichezza con il sistema, le sue regole e le sue compatibilità, dimenticando tuttavia come la realtà del nostro mercato del lavoro, caratterizzato da elevatissimi tassi di lavoro nero e irregolare, abbia invero sino a oggi dimostrato esattamente il contrario e cioè la scarsa dimestichezza del legislatore non tanto con il «sistema» ma piuttosto la realtà concreta e i fenomeni economici e sociali che intende regolare. ⁽³²⁹⁾ Non così, invece, M. PEDRAZZOLI, *La correzione della c.d. riforma Biagi*, cit., che crede nella idoneità di un diritto immobile e coerente con mere logiche di sistema a governare una realtà dinamica e in continuo movimento.

⁽³³⁰⁾ Sui rapporti tra riforma Biagi ed effettività del diritto del lavoro cfr. quanto ho cercato di argomentare nel mio *Riorganizzazione dei servizi ispettivi e riforma del mercato del lavoro*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Collana ADAPT – Fondazione “Marco Biagi”, n. 4, Giuffrè, Milano, 2004, spec.15-18.

⁽³³¹⁾ Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato – Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, spec.164-166.

⁽³³²⁾ P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

⁽³³³⁾ Ancora P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

⁽³³⁴⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 ecc.*, cit.

⁽³³⁵⁾ Cfr., M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, qui 271. Per

normative non pensate per favorirle, o anche solo per governarle, hanno trasformato gli innegabili vantaggi delle esternalizzazioni «in un rischio e quindi in un vincolo».

Ma al tempo stesso, proprio per come congegnato, il nuovo dato normativo rischierebbe di dare luogo a un reciproco impoverimento tanto dei prestatori di lavoro che delle stesse imprese. E questo si verificherebbe, almeno in una ottica di medio-lungo periodo, per la semplice ragione che l'imprenditore che si avvale di lavoratori per il tramite di relazioni giuridiche di natura commerciale con altre imprese, e non attraverso il tradizionale contratto di lavoro dipendente di cui all'articolo 2094 c.c., non ha alcun interesse a investire sul loro sviluppo professionale e cioè a individuare adeguati percorsi formativi e piani di carriera, così da tener nel debito conto il loro potenziale di crescita, attuando spostamenti anche orizzontali per arricchirne le competenze, a stimolare la loro partecipazione ai processi di cambiamento ovvero ai sistemi di qualità aziendale. Verrebbero depotenziati, in altre parole, quei meccanismi gestionali e motivazionali che soli consentono «di creare "appartenenza", "cultura d'impresa", partecipazione» ⁽³³⁶⁾.

Ad essere sottoposto a serrata critica dalla parte più raffinata e acuta di questo filone interpretativo è dunque l'assioma che ha sin qui sostenuto e reso attraenti, e non solo agli occhi delle imprese, i processi di esternalizzazione. E cioè il loro essere espressione della modernità. Una modernità intesa come innovazione organizzativa e gestionale legata all'impiego del fattore lavoro ⁽³³⁷⁾.

È proprio questo, a ben vedere, il vero terreno di verifica della bontà o meno del nuovo regime delle esternalizzazioni introdotto dal decreto legislativo n. 276 del 2003, tanto sul versante delle tecniche di tutela del lavoro quanto su quello del recupero di competitività ed efficienza organizzativa del nostro sistema produttivo ⁽³³⁸⁾.

3. Esternalizzazione delle relazioni di lavoro e innovazione organizzativa nella nuova economia

La questione su cui oggi occorre riflettere seriamente, senza pregiudizi e logiche di appartenenza, è dunque la relazione che intercorre, in una logica di competitività di sistema, tra strategie di esternalizzazione delle relazioni di lavoro e politiche di valorizzazione del capitale umano.

Poca o nessuna attenzione merita invece, con riferimento alla disciplina giuridica della somministrazione di lavoro altrui, quella che abbiamo poc'anzi definito la retorica della mercificazione del lavoro. Una retorica che, per quanto ancora radicata in alcuni circoli accademici e ambienti sindacali, è stata sconfitta dalla storia – come ben testimonia, attraverso la posizione assunta dalla

questo A. «tante sono le difficoltà, così molteplici paiono i rischi di ordine legale, che la valenza strategica dell'*outsourcing* può in alcuni casi vacillare».

⁽³³⁶⁾ Così: P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*, cui *adde* A. MARCHETTI, *I limiti della flessibilità*, in R. PEDERSINI (a cura di), *Oltre la flessibilità – Impresa e lavoro fra nuovi mercati e trasformazioni sociali*, Edizioni Lavoro, Roma, 2004, 183-204, e V. SPEZIALE, *op. cit.*, 284. Nella letteratura internazionale, sostanzialmente nello stesso senso, cfr. D.H. AUTOR, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, in *Journal of Labor Economic*, 2003, qui 9 (vedilo parzialmente tradotto in italiano in *RIDL*, 2004, I, 459-483).

⁽³³⁷⁾ Cfr., sul punto, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., spec. 284-285.

⁽³³⁸⁾ In questa prospettiva cfr. i contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il regime giuridico delle esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2005 (in corso di pubblicazione).

Organizzazione Internazionale del lavoro ⁽³³⁹⁾, l'evoluzione delle fonti internazionali in materia – e, nel nostro Paese, dagli articoli 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196. Legge con cui, buoni ultimi in Europa, si è provveduto a riconoscere la legittimità, a certe condizioni ed entro determinati limiti di legge e contratto collettivo ⁽³⁴⁰⁾, del ricorso alla fornitura di lavoro altrui.

Vero è peraltro che i primi anni di attuazione della legge n. 196 del 1997, hanno abbondantemente dimostrato come il legislatore abbia saputo discernere con ragionevolezza – e secondo un impianto normativo e concettuale confermato per i profili che qui rilevano dal decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽³⁴¹⁾ – tra ipotesi fraudolente o parassitarie di interposizione nei rapporti di lavoro e servizi professionali e altamente qualificati particolarmente importanti per la riattivazione del mercato del lavoro ⁽³⁴²⁾. Quei servizi che, nel creare occasioni aggiuntive di lavoro regolare e di qualità, si rivelano utili sia per il mercato sia per gli stessi lavoratori che, al termine della missione, vedono infatti aumentare sensibilmente le opportunità di inserimento stabile nel mondo del lavoro.

Non va infatti trascurata la circostanza che, secondo una recente ricerca curata per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ⁽³⁴³⁾, «un lavoratore avviato ad una missione di lavoro interinale può ragionevolmente attendersi che la sua probabilità di conseguire una occupazione permanente circa un anno e mezzo dopo la missione stessa raddoppi, rispetto al caso di non avviamento, passando approssimativamente dal 14% al 28%». Inoltre, «a circa il 51% dei lavoratori interinali viene prospettata la possibilità di essere assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice al termine della missione. Per il 32% di tali soggetti, questa prospettiva diventa realtà. Tuttavia, anche il 20% di coloro ai quali nessuna assunzione è stata prospettata risulta poi assunto dall'impresa utilizzatrice».

Così come è anche vero che, in molte circostanze, e ancor di più nel caso della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lo stesso prestatore di lavoro potrebbe ritenere preferibile una collocazione presso il fornitore – spesso una grande multinazionale del settore – piuttosto che alle dipendenze dell'utilizzatore, tanto in termini di trattamenti economici e normativi quanto in

⁽³³⁹⁾ Si veda, in particolare, E. SALSI, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione OIL n. 181/97*, in *DRI*, 1998, n. 2, 161-167.

⁽³⁴⁰⁾ Cfr., al riguardo, i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro – Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁽³⁴¹⁾ Concordano, su questo punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro – Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 242, nota 15; M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, qui 15; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, qui § 1; S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, qui 191. *Contra*: V. SPEZIALE, *op. cit.*, 278. Per un tentativo di dimostrare la sostanziale coincidenza tra l'impianto normativo e concettuale della l. n. 196/1997 e il d.lgs. n. 276/2003 cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 205-229.

⁽³⁴²⁾ Secondo l'auspicio contenuto nella parte III (*politiche del lavoro*) del protocollo «Giugni» del 1993 sul costo del lavoro che per primo ha aperto la strada della legittimazione sociale della fornitura di lavoro altrui nel nostro Paese (vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Concertazione*). Tale aspetto è ora bene evidenziato, tra gli altri, da A. ACCORNERO, *Rappresentanza e nuovi lavori*, in *DRI*, 2005, n. 1, spec. § 1, secondo cui «l'interinale si segnala in Italia per le norme serie, i costi certi, il rapporto tutelato, la buona intermediazione, e per le possibilità di prova, di reiterazione e di assunzione che offre ai lavoratori e agli imprenditori».

⁽³⁴³⁾ Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia – Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pavia, 2003, qui 57-59, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*.

prospettiva di una continuità occupazionale e formazione continua ⁽³⁴⁴⁾. Considerazione questa che spiega perché il legislatore abbia incentivato – all'articolo 23, commi 8 e 9, del decreto legislativo n. 276 del 2003 – la fidelizzazione dei lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione ammettendo a questo fine, nel contratto di fornitura, clausole dirette a limitare la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della missione. E questo non solo in caso di lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato ma anche, in presenza di una adeguata indennità corrisposta al lavoratore, con contratto a tempo determinato ⁽³⁴⁵⁾.

Le ricerche empiriche indicano in ogni caso che, dal punto di vista delle imprese, in ciascuna fornitura di lavoro altrui s'intrecciano di fatto, anche al di là delle indicazioni contenute nella legge, esigenze di flessibilità occupazionale e funzioni di selezione del personale nell'ottica dell'investimento in capitale umano. Là dove, per contro, l'applicazione della regola di parità di trattamento tra lavoratori inviati in missione e lavoratori direttamente assunti dalla impresa utilizzatrice ⁽³⁴⁶⁾ conferma inequivocabilmente – sul piano logico prima ancora che sistematico – che il ricavo netto della agenzia di somministrazione di manodopera non si fonda su un lucro parassitario determinato dalla mercificazione del lavoro e cioè dalla mera differenza tra quanto percepito dall'impresa cliente per il costo del lavoro e quanto corrisposto al lavoratore.

L'utile ricavato dalla impresa di somministrazione, in questi casi, si giustifica piuttosto come profitto in ragione della assunzione di un rischio tipico d'impresa ⁽³⁴⁷⁾ in quanto l'agenzia di somministrazione è costretta a offrire sul mercato un servizio – di ricerca, selezione, formazione del lavoratore e di gestione amministrativa del rapporto di lavoro – che, dal punto di vista del prezzo della singola prestazione lavorativa, comporta un costo superiore rispetto a quello che sopporterebbe l'impresa utilizzatrice se dovesse assumere direttamente il lavoratore ⁽³⁴⁸⁾. Circostanza questa che rende priva di attendibilità la tesi di quanti vedono nello *staff-leasing* e nella somministrazione di lavoro a termine resa da agenzie a ciò espressamente autorizzate dall'ordinamento, in presenza e previa verifica di rigorosi requisiti giuridici e finanziari, espressione di una politica gestionale volta alla mercificazione e precarizzazione del lavoro.

Vero è, semmai, che proprio il maggior costo di fatto sostenuto dalle imprese utilizzatrici che si rivolgono alle agenzie di somministrazione, unitamente alla circostanza che non tutte le responsabilità tipiche di chi utilizza una prestazione lavorativa vengono meno ⁽³⁴⁹⁾, dovrebbe indurre a

⁽³⁴⁴⁾ Questo aspetto è bene evidenziato da P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 229.

⁽³⁴⁵⁾ Cfr. il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui, 209.

⁽³⁴⁶⁾ Cfr. l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. In dottrina cfr. A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 278-284.

⁽³⁴⁷⁾ Cfr., sul punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui spec. 226-229.

⁽³⁴⁸⁾ Sul "costo" della somministrazione cfr. T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, in G. FERRARO, *op. cit.*, qui 169. Per un approfondimento di questo profilo rinvio al mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. 246-250.

⁽³⁴⁹⁾ Vero è, piuttosto, che la disciplina della somministrazione di lavoro dà luogo a una forma di co-impiego caratterizzata per una distribuzione programmatica – e largamente tipizzata dal legislatore, dei rischi e delle responsabilità contrattuali legate all'impiego di forza-lavoro eterodiretta. Per questo profilo, delineato nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., qui spec. 318-345, sulla scorta della esperienza degli Stati Uniti cfr. ora L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing e la somministrazione di manodopera": qualche appunto in prospettiva di una riforma*, in *q. Rivista*, 2002, n. 4, 553-564.

ricorrere alla somministrazione di lavoro – anche in assenza di vincoli legali e divieti anacronistici, come bene dimostra il caso degli Stati Uniti ⁽³⁵⁰⁾ – unicamente in presenza di cause oggettive e reali (*infra*, § 5) e non certo in funzione di semplicistiche strategie aziendali di riduzione del costo lavoro. Quelle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, anche inerenti alla ordinaria attività dell'utilizzatore, che, nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003, sono ora chiamate a governare con maggior effettività – grazie anche a un rinnovato sistema sanzionatorio ⁽³⁵¹⁾ – i processi di esternalizzazione e/o internalizzazione del lavoro altrui ⁽³⁵²⁾.

Come efficacemente rilevato già nel celebre *Rapporto Supiot* del 1998 sulle trasformazioni del lavoro e il futuro del diritto del lavoro in Europa ⁽³⁵³⁾, la tendenza a ridurre i costi e a rendere più flessibile l'impiego della forza-lavoro ha certamente giocato un importante ruolo e può contribuire a spiegare l'esternalizzazione di funzioni e competenze che richiedono *skill* limitati (pulizia, giardinaggio, facchinaggio, manutenzione di impianti, *catering*, servizi di trasporto, ecc.). Ma chi conosce la più recente evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro sa bene che l'esternalizzazione di funzioni che richiedono competenze professionali più elevate è il risultato di due diversi fattori: «da un lato il progresso tecnologico (segnatamente il ruolo delle nuove tecnologie nell'ambito della informazione e delle telecomunicazioni), che ha simultaneamente innalzato il livello delle competenze richieste per certe funzioni e incoraggiato il ricorso all'*outsourcing*; dall'altro lato, l'evoluzione delle tecniche contrattuali, che oggi offrono ai clienti una giusta e migliore conoscenza dei loro fornitori, eliminando i rischi inerenti alle esternalizzazioni di fasi cruciali del ciclo produttivo (in particolare standard di qualità e certificazioni di conformità ISO 9000)» ⁽³⁵⁴⁾.

E anche recenti studi empirici condotti per conto dell'*European Monitoring Centre on Change* della Fondazione Europea di Dublino per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro ⁽³⁵⁵⁾ confermano come sia largamente fuorviante la considerazione – pure largamente diffusa anche nel nostro Paese, come indicano i contributi citati nel paragrafo 1 – che i fenomeni di esternalizzazione del lavoro siano guidati esclusivamente dalla ricerca di un minor costo del lavoro ovvero

⁽³⁵⁰⁾ Il caso americano mostra in effetti che, anche in assenza di una disciplina vincolistica come la nostra, il ricorso allo *staff-leasing* e alla somministrazione di lavoro rimane limitato a prestazioni specialistiche e di nicchia ovvero a prestazioni *labour intensive* che consentono lo sfruttamento di economie di scala e di un certo *know how* organizzativo e gestionale, non superando di molto il 2% della forza-lavoro. Cfr. il rapporto 2004 dell'American Staffing Association, *Staffing Industry's Positive Role in U.S. Economy* reperibile all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*.

⁽³⁵¹⁾ Cfr. ora, con specifico riferimento ai profili sanzionatori di carattere civile, la circ. Min. lav. n. 7/2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7, e in dottrina, con riferimento in particolare ai profili di rilevanza penale, P. RAUSEI, *La somministrazione abusiva di lavoratori illecitamente utilizzati*, in *DPL*, 2005, n. 7, 409 - 418.

⁽³⁵²⁾ Per approfondimenti cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 205-229 e anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004*, n. 251, cit.

⁽³⁵³⁾ *Transformation of Labour and the Future of Labour Law in Europe – Final Report*, 1998, qui 17, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*. Cfr. ora A. SUPLOT, *op. cit.*, qui 18.

⁽³⁵⁴⁾ A. SUPLOT, *op. loc. ult. cit.* Cfr. altresì K. PURCELL, J. PURCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *DRI*, 1998, n. 3, 343-356.

⁽³⁵⁵⁾ Cfr., in particolare, lo studio curato da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *Outsourcing of ICT and related services in the EU*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004 (vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*).

dalla finalità di aggiramento fraudolento delle tutele del lavoro dipendente.

La realtà è decisamente più complessa e diversi elementi, non necessariamente legati al costo del lavoro e alla competizione tra i diversi sistemi regolativi del lavoro dipendente, concorrono a spiegare un fenomeno tanto complesso quanto caratteristico dei nuovi processi di organizzazione del lavoro ⁽³⁵⁶⁾.

La nuova economia è, in effetti, il prodotto della combinazione degli incrementi di capitale tecnologico, capitale umano e capitale organizzativo ⁽³⁵⁷⁾. L'innovazione richiede peraltro che l'investimento in tecnologie possa dare un adeguato ritorno grazie a risorse umane competenti e adattabili e a modelli organizzativi idonei a valorizzarne tutte le potenzialità ⁽³⁵⁸⁾. In particolare, le tecnologie del calcolo e della comunicazione hanno determinato il superamento del modello "verticale" e quindi del ciclo produttivo integrato ove tutti i lavoratori svolgevano mansioni rigidamente e gerarchicamente predeterminate e, pur operando in ambiti diversi – di diretta produzione o di indiretto servizio ad essa –, dipendevano dallo stesso datore di lavoro. La rivoluzione digitale ha indotto la possibilità che società diverse operino in rete tra di loro – e secondo una fitta trama di relazioni contrattuali normalmente stabili e standardizzate ⁽³⁵⁹⁾ – favorendo la specializzazione e l'interdipendenza di ciascuna di esse ⁽³⁶⁰⁾.

Risulta così economicamente razionale per ciascun operatore economico concentrarsi sul proprio *core business* aziendale ed approvvigionarsi da soggetti terzi – spesso dotati un prezioso *know how* immateriale ed organizzativo – non soltanto per la logistica, il *facility management*, l'amministrazione, la selezione e gestione del personale, i sistemi informativi, la commercializzazione dei prodotti, ma, più recentemente, anche per funzioni centrali e altamente specialistiche prossime al cuore del processo produttivo aziendale.

Ciò è particolarmente vero per le piccole e medie imprese, rispetto alle quali la logica di rete e il ricorso al *know how* organizzativo e gestionale di imprese specializzate risulta sempre più decisivo per sopravvivere, nel medio e lungo periodo, in un contesto economico e sociale in continua evoluzione ⁽³⁶¹⁾. E lo è ancor di più in Paesi come il nostro, dove è la particolare struttura del sistema

⁽³⁵⁶⁾ Così, espressamente, il direttore della Fondazione di Dublino, nella prefazione allo studio condotto da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *op. cit.* Nella letteratura italiana, per una critica alla tesi che vede semplicisticamente il decentramento produttivo come il risultato della competizione (al ribasso) tra sistemi regolativi del lavoro subordinato, cfr. L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit., spec. 82-93. *Contra*, ma senza fornire elementi al riguardo, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., qui 12.

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. il rapporto presentato alla Commissione Europea a cura di T. Alasoini su *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, September 2001, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce Lavoro (Organizzazione del).

⁽³⁵⁸⁾ Il nesso tra nuova organizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano è nitidamente tracciato nel *Libro verde* della Commissione Europea su *Partnership for a New Organizations of Work*, document drawn up on the basis of COM(97)128 final, in *Bulletin of European Union*, 1997, n. 4, suppl., vedilo ora in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce Lavoro (Organizzazione del) ma vedi già il *Libro Bianco* su *Crescita, competitività e occupazione – Documento in attuazione della COM(93) 700 final* (in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*).

⁽³⁵⁹⁾ Ancora A. SUPLOT, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁶⁰⁾ Cfr. M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, London, 1996, cui *adde*, più recentemente, T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, cit. Nella letteratura italiana cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., spec. 9-13 e P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui spec. 218-224.

⁽³⁶¹⁾ Cfr. lo studio realizzato per la Commissione Europea da R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, october 2002, qui spec. 8, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce Lavoro (Organizzazione del), cui *adde* per i

produttivo ⁽³⁶²⁾ – e non certo il nuovo quadro legale introdotto dalla riforma Biagi – che rende decisamente problematico, soprattutto nell'area delle nuove tecnologie, l'investimento in risorse umane alimentando, mediante l'economia informale e il lavoro irregolare, quella che giustamente è stata definita la via bassa allo sviluppo ⁽³⁶³⁾.

Tutti i cambiamenti qui sommariamente descritti hanno, evidentemente, un forte impatto non solo sul funzionamento dei sistemi di relazioni industriali nazionali ma, prima ancora, sulla qualità della occupazione e sui metodi di organizzazione del lavoro ⁽³⁶⁴⁾. Un lavoro che diventa caratterizzato non solo da maggiore creatività, intraprendenza e specializzazione – corrispondenti ad una maggiore esigenza di servizio in ogni ambito –, ma anche dalla inesorabile distribuzione dei rapporti di lavoro in capo alle diverse società.

L'*outsourcing* diventa, in questa prospettiva, il modo ordinario con cui le attività produttive – di beni come di servizi – si relazionano secondo economie di scala e un nesso di reciproca convenienza (orizzontale) in luogo del precedente rapporto gerarchico (verticale) che univa le diverse funzioni. Là dove il superamento del rigido modello della impresa fordista induce le imprese a consolidare quelle relazioni contrattuali, sia con i propri dipendenti sia con la rete di aziende con cui operano sul mercato, che consentono la creazione di maggior valore aggiunto ⁽³⁶⁵⁾.

4. *Segue: esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano in una prospettiva di competitività di sistema*

In realtà i Paesi dell'Europa continentale, e l'Italia in particolare, hanno frapposto ostacoli culturali e organizzativi ai processi di cambiamento in atto ⁽³⁶⁶⁾, spesso rinunciando, anche per la mancanza di istituzioni appropriate ⁽³⁶⁷⁾ e di una logica cooperativa nel funzionamento del sistema di relazioni industriali ⁽³⁶⁸⁾, ad assumersi scomode responsabilità. E ora, nel contesto di una evidente

dati relativi al fenomeno della cooperazione fra imprese nel contesto di imprese di piccole e medie dimensioni, *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, Luxembourg, 2004, 25-26, vedilo all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Impresa*.

⁽³⁶²⁾ Non si deve dimenticare che, secondo le più recenti stime, le piccole e medie imprese italiane occupano più dell'80% della forza lavoro complessiva mentre, ad esempio, per Francia e Germania la proporzione è circa del 65% e nel Regno Unito scende a 60% (cfr. i dati riportati nella tabella *Table I.2: Enterprises Europe 19, 2003, occupied persons* in *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, cit., 38).

⁽³⁶³⁾ Cfr. il rapporto dell'European Work & Technology Consortium su *Work Organisation, Competitiveness, Employment: the European Approach*, CE-V/8-98-001-EN-C, 1998.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr., tra gli altri, i contributi raccolti in M.B. BLAIR, T.A. KOCHAN (ed.), *The New Relationship. Human Capital in the American Corporation*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000.

⁽³⁶⁵⁾ *Human Resources – Outsourcing in Europe*, ADP Dossier, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*, qui 9. Cfr. altresì U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., spec. 74-79.

⁽³⁶⁶⁾ Ampia analisi in COMMISSIONE EUROPEA, *New Forms of Work Organisation – The obstacle to Wider Diffusion*, october 2002, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

⁽³⁶⁷⁾ È quanto giustamente rileva R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, cit., qui 6-7 e anche 5, dove sottolinea come la stessa Commissione Europea abbia in parte sopravvalutato la capacità delle parti sociali di offrire risposte immediate all'invito (cfr. il già citato *Libro verde su Partnership for a New Organisations of Work*) di assumersi precise responsabilità sul versante della modernizzazione della organizzazione del lavoro.

⁽³⁶⁸⁾ Cfr. THE EUROPEAN WORK ORGANISATION NETWORK, *New Forms of Work Organisation – The benefits and Impact on Performance*, april 2001, qui 2, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (organizzazione del)*.

ripresa della economia globale, crescono ben al di sotto delle loro potenzialità. Essi sono nel mezzo di una tenaglia competitiva che li oppone – sempre più debolmente – alle dinamiche economie asiatiche, da un lato, e alle innovative società anglosassoni, dall'altro. Tanto che, per le asfittiche economie europeo-continentali, la principale sfida che si pone oggi, come giustamente è stato notato, non pare tanto quella legata alla contrapposizione spesso fine a sè stessa tra via alta e via bassa alla innovazione, «ma piuttosto tra innovazione di qualsivoglia tipo ovvero nessuna innovazione affatto» ⁽³⁶⁹⁾.

Agevolare chi affida l'innovazione della propria azienda a grandi gruppi e professionisti nel campo delle risorse umane, come nel caso dei nuovi soggetti polifunzionali denominati dal legislatore «agenzie del lavoro» ⁽³⁷⁰⁾, non significa dunque impoverire la dotazione di capitale umano delle nostre imprese e optare per una via bassa dello sviluppo. È questa, semmai, una strategia che può consentire di incidere significativamente e, in forma strutturale, su alcune delle principali patologie del nostro sistema produttivo: «innanzitutto, disporre di aggiornamenti tecnologici continui, poi ridurre i costi grazie ad una maggiore produttività e a processi gestionali più agili e migliorare la qualità dei servizi. In altre parole, diventare più competitivi» ⁽³⁷¹⁾.

Ciò può essere vero anche là dove l'esternalizzazione avvenga mediante il trasferimento di un ramo di azienda. Non solo perché, come giustamente notato ⁽³⁷²⁾, il trasferimento dei lavoratori in una azienda che fornisce servizi specialistici può migliorare le loro carriere, nel senso di «offrire loro l'opportunità di riqualificazione professionale e dunque garantire una occupazione più soddisfacente di quella che avrebbero svolto nella impresa d'origine». L'esternalizzazione, *sub specie* di trasferimento d'azienda, può anche svolgere un ruolo importante di salvaguardia dei livelli occupazionali e della qualità del lavoro: «l'alleggerimento dell'organico dell'azienda può produrre quell'incremento di efficienza e competitività che raggiunge la finalità di consolidare le posizioni lavorative di quanti sono rimasti. Nel contempo, la costituzione di una nuova società, fondata potenzialmente su margini più ampi di flessibilità nella gestione del personale (sempre che non si tratti di unità di piccole o piccolissime dimensioni), può rappresentare un'importante strumento di salvataggio di posizioni lavorative sovente a rischio» ⁽³⁷³⁾. E lo stesso dicasi per l'istituto del distacco ⁽³⁷⁴⁾ che, specie all'interno dei gruppi di impresa, soddisfa una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo.

⁽³⁶⁹⁾ Così: T. ALASOINI, *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, cit., qui 8.

⁽³⁷⁰⁾ Sulla configurazione delle agenzie del lavoro nell'ambito del d.lgs. n. 276/2003 cfr. P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Collana ADAPT – Fondazione "Marco Biagi", n. 5, Giuffrè, Milano, 2005, spec. Parte I, sez. (B).

⁽³⁷¹⁾ Così, efficacemente, E. CISNETTO, *Outsourcing e innovazione per combattere il declino*, in *Il Messaggero*, 11 luglio 2004.

⁽³⁷²⁾ Cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 351.

⁽³⁷³⁾ Così, meglio di noi, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., spec. 274. Sui profili positivi, anche in termini di qualità e incremento della occupazione, che possono derivare dalla circolazione delle imprese in termini di capitale umano, cfr. anche R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *Human Resource Management in Context*, in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2004, spec. 112-116.

⁽³⁷⁴⁾ Cfr. C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *DRI*, 2004, 360-378.

Vero è peraltro che le tecniche di impiego del lavoro altrui, comunemente – e genericamente – identificate mediante l'utilizzo della ampia quanto ambigua locuzione «esternalizzazione del lavoro», sempre meno frequentemente si risolvono in una deresponsabilizzazione nella gestione del personale.

La somministrazione di lavoro presuppone, in particolare, il sorgere di una obbligazione negoziale complessa, funzionale ad una ripartizione contrattuale dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro dipendente ⁽³⁷⁵⁾: ripartizione che, per un verso, è rigorosamente predeterminata dal legislatore attraverso una serie di limiti inderogabili alla autonomia privata (imputazione dell'obbligo di sicurezza; adempimenti retributivi, contributivi e previdenziali; esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare; assunzione della responsabilità civile per il fatto del lavoratore; ecc.) e che, per l'altro verso, nel silenzio della legge, viene concordata dalle parti stesse fermo restando il limite della parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili dell'impresa utilizzatrice ⁽³⁷⁶⁾ e il rispetto dei principi generali dell'ordinamento in tema di ordine pubblico economico.

Rispetto ai tradizionali rapporti di lavoro subordinato, nella somministrazione di lavoro la posizione giuridica complessiva del lavoratore rimane sostanzialmente impregiudicata, tanto sul lato attivo che su quello passivo del rapporto obbligatorio ⁽³⁷⁷⁾, limitandosi il prestatore a svolgere «la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore» ⁽³⁷⁸⁾; là dove, invece, la posizione giuridica del datore di lavoro, pur rimanendo anch'essa immutata se considerata nella sua globalità, risulta distribuita tra due diversi soggetti – l'agenzia di somministrazione e l'impresa utilizzatrice – dando luogo ad una dualità di datori di lavoro rispetto a un rapporto obbligatorio unitario.

Nell'ottica della valorizzazione del capitale umano non si può poi neppure trascurare la circostanza che, nella somministrazione di lavoro, il lavoratore beneficia di cospicue risorse – destinate ai fondi bilaterali di cui all'articolo 12 del decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽³⁷⁹⁾ – finalizzate a promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale, anche in funzione di continuità di occasioni di impiego e, nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato, a

⁽³⁷⁵⁾ A questa costruzione giuridica corrisponde del resto – parallelamente alla crisi la figura unitaria di datore di lavoro – l'evoluzione del concetto stesso di impresa definita ora non più semplicemente come proprietà di strumenti e capitali, ma come «luogo di ripartizione dei rischi»: cfr. E. RULLANI, *Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia*, in P. ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, F. Angeli, Milano, 1991, 131-149, cui *adde* L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit.

⁽³⁷⁶⁾ Al pari della l. n. 196/1997, il d.lgs. n. 276/2003 nulla dispone, per esempio, in tema di malattia, gravidanza e puerperio, infortunio, impossibilità sopravvenuta, caso fortuito e in generale altri eventi che possono dare luogo alla interruzione della missione. In questi casi sarà allora il regolamento negoziale individuale o, più plausibilmente, la contrattazione collettiva, a disporre, nei limiti della parità di trattamento, circa la distribuzione dei rischi e delle relative responsabilità.

⁽³⁷⁷⁾ Nel senso che la ripartizione di rischi e responsabilità può avvenire soltanto tra agenzia di lavoro temporaneo e impresa utilizzatrice, mentre è preclusa una traslazione dei rischi e delle responsabilità tipiche del datore di lavoro sul lavoratore temporaneo.

⁽³⁷⁸⁾ Art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

⁽³⁷⁹⁾ Con riferimento all'attuazione ad opera delle parti sociali dell'articolo 12 del d.lgs. n. 276/2003, cfr. gli accordi del 2 febbraio 2005 per l'attuazione dell'art. 12 del d. lgs. 10 Settembre 2003, n. 276, e l'Accordo quadro per l'attuazione dell'art. 12, commi 2 e 3 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, vedili all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4, e a commento G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: accordo sui fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in *GLav*, 2005, n. 8, 10-13, cui *adde*, in generale, G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 607-613.

sostegno del reddito in caso di fine lavori ⁽³⁸⁰⁾, nonché in favore di iniziative dirette a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti.

I lavoratori coinvolti in questa forma di vera e propria internalizzazione del lavoro risultano, dunque, decisamente più tutelati che in caso di mero appalto di servizi ⁽³⁸¹⁾. Soltanto in un senso molto ampio e generico – e comunque in termini per nulla conformi a quanto si verifica nella maggior parte dei rapporti di lavoro c.d. atipici – si può pertanto ritenere che lo schema della somministrazione di lavoro consenta di accollare *anche* ai lavoratori una parte del rischio di impresa e precisamente quel «rischio intrinseco in ogni manovra espansiva dell'organico realizzata attraverso contratti di lavoro standard a tempo indeterminato» ⁽³⁸²⁾.

Quantomeno nella configurazione assunta nell'ordinamento italiano, lo schema della somministrazione di lavoro non conduce dunque a una pura e semplice traslazione dei rischi, degli obblighi e delle responsabilità che sono propri del lavoro dipendente in capo a soggetti diversi dall'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, comportando molto più semplicemente una nuova strutturazione di quelle determinate posizioni soggettive che, alla stregua dei principi dell'ordinamento, legittimano l'appropriazione del «risultato» prodotto dal lavoro altrui.

Con la somministrazione di lavoro si realizza, in altri termini, una duplicazione del creditore della prestazione lavorativa; ciò che consente di accostare la fornitura di prestazioni di lavoro altrui allo schema del c.d. contratto bimestre caratterizzato, come noto, dalla circostanza che «la posizione giuridica di uno dei contraenti è scomposta ed è distribuita tra due soggetti» ⁽³⁸³⁾.

Pienamente confermata – in analogia a quanto elaborato dalla giurisprudenza americana ⁽³⁸⁴⁾ – è la costruzione del rapporto trilatero in termini di «co-impiego» o «*co-employment*» ⁽³⁸⁵⁾.

Quanto detto spiega perché, nella letteratura internazionale sia invalsa la distinzione concettuale, sicuramente più aderente alla realtà del fenomeno, tra *out-sourcing* e *in-sourcing*, per

⁽³⁸⁰⁾ Il concetto di «fine lavori» è opportunamente precisato nella circ. Min. lav. n. 7/2005.

⁽³⁸¹⁾ In questo senso, con specifico riguardo anche ai profili della trasparenza nell'imputazione dei rapporti di lavoro e, più in generale, al ruolo delle Agenzie di somministrazione, cfr. anche P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 237.

⁽³⁸²⁾ In questo senso v. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, qui 543.

⁽³⁸³⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. XXI, vol. I, 1968, qui 644, che tuttavia prospetta una figura alquanto rigida di contratto bimestre, nel senso che uno dei due soggetti assume tutti i diritti; l'altro tutti gli obblighi.

⁽³⁸⁴⁾ Il rapporto di *co-employment* è definito, negli Stati Uniti, come «una relazione tra due o più datori di lavoro in cui ognuno ha per legge diritti e doveri attuali o potenziali rispetto allo stesso lavoratore o gruppo di lavoratori». Così E.A. LENZ, *Co-Employment-A Review of Customer Liability Issues in the Staffing Services Industry*, in *Labor Lawyer*, 1994, 195-216. In tema cfr., tra i tanti, J. LINDER, *The Joint Employment Doctrine: Clarifying Legislative – Judicial Confusion*, in *Hamline Journal of Public Policy*, 1989, 321-330; S.F. COOPER, *The Expanding Use of the Contingent Workforce in the American Economy: New Opportunities and Dangers for Employers*, in *Employee Relations Law Journal*, 1995, 525; W.V. SIEBERT, N.D. WEBBER, *Joint Employer, Single Employer, and Alter Ego*, in *Labor Lawyer*, Fall 1987, 880-883. Ampi riferimenti giurisprudenziali sono in J.G. AXELROD, *Who's the Boss? Employee Leasing and the Joint Employer Relationship*, in *Labor Lawyer*, 1987, spec. 857-871.

⁽³⁸⁵⁾ Secondo un modello teorico-ricostruttivo della fattispecie già prospettato, con riferimento alla l. n. 196/1997, nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. Cap. IV. Uno spunto anche in M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 50, e ora, in termini adesivi, anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 296-297.

differenziare, rispettivamente, il ricorso a servizi offerti in regime di appalto o subappalto dall'uso di *staff* d'agenzia che opera sotto le direttive e nell'interesse dell'utilizzatore ⁽³⁸⁶⁾. Così come sempre più frequenti, nella prassi, sono poi quelle forme di *co-sourcing*, *net-sourcing*, *selective-sourcing*, *multi-sourcing*, *back-sourcing*, *co-specialisation/value added outsourcing* ⁽³⁸⁷⁾ che concorrono ad alimentare, già sul piano dei rapporti intersubiettivi di carattere privato prima ancora che in relazione alla ripartizione di rischi, obblighi e responsabilità imposta da un dato ordinamento giuridico, vere e proprie ipotesi di co-impiego a tutto vantaggio del prestatore di lavoro.

Come dimostrano del resto i mercati più evoluti e maturi ⁽³⁸⁸⁾ è dunque evidente, nei processi di *out-sourcing* e di *in-sourcing*, un trend verso l'accumulazione di forza-lavoro altamente qualificata e adattabile che, sempre più frequentemente, viene utilizzata per ricoprire ruoli strategici nella integrazione contrattuale e relazionale tra reti di imprese ⁽³⁸⁹⁾. A conferma del fatto che, come già rilevato dalla Commissione Europea nel *Libro Verde* del 1997 sulla *partnership* per una nuova organizzazione del lavoro ⁽³⁹⁰⁾, i nuovi modelli di organizzazione del lavoro enfatizzano la qualità dell'apporto umano al processo produttivo facendo così della persona del lavoratore il vero valore aggiunto che esalta le logiche di rete e il coordinamento contrattuale tra le imprese ⁽³⁹¹⁾.

5. Il nuovo quadro regolatorio delle esternalizzazioni: dalla contrapposizione «centro – periferia» alla logica della «integrazione contrattuale»

I recenti cambiamenti, che hanno investito i modi di produrre e organizzare il lavoro, nell'evidenziare nuove strategie di gestione del personale, giustificavano pertanto non solo una radicale revisione, sul piano della elaborazione scientifica, del celebre quanto stereotipato modello – teorizzato nella letteratura internazionale da Atkinson ⁽³⁹²⁾ – che contrappone semplicisticamente i *core* ai *peripheral employee* ⁽³⁹³⁾, ma anche e soprattutto un adeguamento del quadro legale di riferimento. Questo soprattutto con riferimento a un Paese come il nostro, dove i processi di

⁽³⁸⁶⁾ Così, K. PURCELL, J. PURCELL, *op. ult. cit.*, qui, 350 e 351. Sulla scorta di questa opzione terminologica cfr. ora, nella letteratura italiana, R. ROMEL, *Cessione di ramo di azienda e appalti*, in *DLRI*, 1999, qui 329-330, che propone un utilizzo meno circoscritto del termine *in-sourcing*, identificando giustamente nella internalizzazione ogni processo «attraverso il quale i beni, i servizi e le attività esternalizzate sono nuovamente acquisiti dall'impresa originaria», cui *adde* ora anche G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Jovene, Napoli, 2004, qui 63-76.

⁽³⁸⁷⁾ Ampia casistica in J. MILLAR, *Outsourcing Practices in Europe*, Star Project, Issue n. 27, July 2002, qui 12 (vedilo anche in www.csmb.unimo.it, indirizzo A-Z, voce *Esternalizzazioni*).

⁽³⁸⁸⁾ Cfr. J. MILLAR, *op. cit.*, 28-29, 35.

⁽³⁸⁹⁾ Cfr. U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *op. cit.*, 3-4, 17-18.

⁽³⁹⁰⁾ Commissione Europea su *Partnership for a New Organisations of Work*, cit.

⁽³⁹¹⁾ In dottrina, per i dovuti approfondimenti, cfr. L. GOLZIO, *L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa*, che segue in questo fascicolo, e L. CAMPIGLIO, *I modelli di riforma del mercato del lavoro richiesti dalla competitività economica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 395-402.

⁽³⁹²⁾ Cfr. J. ATKINSON, *Manpower Strategies for Flexible Organisations*, in *PM*, 1984, 28-31. Cfr. altresì J. ATKINSON, *Flexibility, uncertainty and manpower management*, Institute of Manpower Studies, University of Sussex, Brighton, 1985, e J. ATKINSON, N. MEAGER, *New Forms of Work Organisation*, IMS Report 121, IMS, 1986.

⁽³⁹³⁾ Nella letteratura internazionale, tra i primi a suggerire il superamento, o comunque una profonda revisione, del modello «centro – periferia», cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 344. Nella dottrina italiana insiste sul punto A. RUSSO, *op. cit.*, qui 260-264.

esternalizzazione risultavano governati – come noto ⁽³⁹⁴⁾ – da una disciplina tanto rigida sul piano formale quanto largamente ineffettiva nella prassi applicativa. Con la conseguenza di alimentare fenomeni *sui generis* e selvaggi di esternalizzazione ⁽³⁹⁵⁾, attraverso un massiccio, quanto spesso abusivo, ricorso ad appalti di servizi ma anche a contratti di lavoro non dipendente come nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative che hanno finito con il rappresentare una forma individualizzata ed estrema di *outsourcing* con grave danno per la dotazione di capitale umano del nostro Paese ⁽³⁹⁶⁾.

E nella impostazione classica «centro – periferia» si poneva, a ben vedere, la stessa legge n. 196 del 1997, con cui pure si apriva la prima breccia al rigido divieto di somministrazione di prestazioni di lavoro altrui ⁽³⁹⁷⁾.

La fornitura di lavoro era infatti ammessa unicamente – stante il disposto dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 196 del 1997 – per il soddisfacimento di «esigenze di carattere temporaneo» e, dunque, solo per casi eccezionali individuati dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Una previsione questa che, in uno con il divieto di somministrazione per la esecuzione di mansioni di esiguo contenuto professionale, finiva con il consentire l'emersione e regolarizzazione di una minima parte dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro connessi ai fenomeni di esternalizzazione del lavoro. Tanto a indurre una attenta dottrina a segnalare l'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana e cioè di «un nuovo istituto assolutamente inutile per come regolato. La verità nuda e cruda è che si tratta di un mero doppione del contratto a termine, contrabbandato come un nuovo importante strumento di flessibilità» ⁽³⁹⁸⁾.

A trionfare nell'impianto della legge n. 196 del 1997 era, in effetti, la vecchia impostazione rigida della norma inderogabile astratta «coniugata al controllo successivo del giudice, che tanti guasti ha provocato alla certezza del diritto e alla programmazione delle imprese proprio in tema di contratto a termine» ⁽³⁹⁹⁾. Ma non solo. In questa prospettiva il prestatore di lavoro temporaneo, per quanto ampiamente tutelato da una legislazione tra le più rigide e garantiste d'Europa ⁽⁴⁰⁰⁾, finiva con l'essere inevitabilmente collocato nell'area del lavoro precario ⁽⁴⁰¹⁾ – e questo anche nell'ipotesi in cui fosse stato assunto a tempo indeterminato da una grande multinazionale del settore, in linea con l'archetipo centrale del diritto del lavoro – tanto da giustificare, sul piano

⁽³⁹⁴⁾ Cfr., per tutti, P. ICHINO, *Spazi attuali e prospettive del leasing di manodopera*, in RIDL, 1992, III, 119 ss., cui *adde* Id., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, Relazione introduttiva e replica conclusiva alle Giornate di studio Aidlass di Trento del 4-5 giugno 1999, ora in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 3 ss. e 361 ss.

⁽³⁹⁵⁾ Ho cercato di argomentare questa considerazione già nel mio *Il lavoro temporaneo in Italia*, in DRI, 1992, n. 1. Sui rischi di una esternalizzazione di cattiva qualità, in assenza di una evoluzione del quadro legale di riferimento, si è espressa anche la Commissione Europea nel *Libro Bianco su Crescita, competitività e occupazione*, cit., qui Cap. 9.2.

⁽³⁹⁶⁾ Il tema è affrontato, in una logica di sistema, in M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva – Manifesto per nuove sicurezze*, Marsilio, Venezia, 2004.

⁽³⁹⁷⁾ Cfr., per tutti, P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, in DLRI, 1997, qui 502-503 e 514.

⁽³⁹⁸⁾ Così A. VALLEBONA, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, in ADL, 1997, 135-136.

⁽³⁹⁹⁾ Ancora A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 137-138.

⁽⁴⁰⁰⁾ Per un quadro comparato cfr. il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., Cap. V.

⁽⁴⁰¹⁾ In questa prospettiva cfr., per tutti, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 96.

della rappresentanza sindacale ⁽⁴⁰²⁾, una grossolana quanto indebita assimilazione alla figura del collaboratore coordinato e continuativo ⁽⁴⁰³⁾. E questo nonostante il nostro Paese, caratterizzato per una esperienza di sindacalismo c.d. orizzontale ⁽⁴⁰⁴⁾, non risultasse spiazzato dai segnali di sgretolamento della fabbrica fordista al pari di quelle Nazioni che hanno invece conosciuto unicamente o prevalentemente un sindacalismo di tipo verticale ⁽⁴⁰⁵⁾.

L'impostazione accolta dal decreto legislativo n. 276 del 2003, supera, da questo specifico punto di vista, il modello «centro – periferia», rispetto al quale la fornitura di lavoro era appunto vista come forma di lavoro precaria e marginale e, come tale, da ammettere in casi eccezionali. La somministrazione diventa ora motore centrale – in presenza di ragioni tecniche, organizzative o produttive – dei processi di esternalizzazione/internalizzazione del lavoro nell'ottica della specializzazione produttiva e della organizzazione del lavoro a rete propria della nuova economia.

Nella prospettiva della economia della organizzazione le imprese italiane hanno oggi maggiori opportunità di rivolgersi legalmente ai mercati esterni del lavoro, di modo che le loro concrete strategie organizzative dipenderanno non esclusivamente da valutazioni legate al costo del lavoro, quanto piuttosto ai c.d. costi di transazione ovvero il costo di uso associato a ciascun tipo di contratto di lavoro considerato ⁽⁴⁰⁶⁾.

Alla luce dei variabili costi di transazione presenti in ciascuna azienda e in ciascun settore produttivo – e cioè i costi di decisione o di esperienza, i costi di controllo (ovvero della gestione del contratto e della relazione di lavoro) e i costi di cambiamento (indotti dal passare da una tipologia di contratto ad un'altra) ⁽⁴⁰⁷⁾ – la somministrazione di lavoro non può dunque essere più semplicemente equiparata a una ipotesi di lavoro a tempo determinato. Essa, piuttosto, rappresenta nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003 una ipotesi di specializzazione organizzativa e gestionale che opera sì sul versante della flessibilità occupazionale ma anche, se non soprattutto, su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le nuove agenzie del lavoro ⁽⁴⁰⁸⁾.

È in questa prospettiva che si spiega, in primo luogo, l'introduzione della somministrazione di

⁽⁴⁰²⁾ Si vedano gli statuti di Nidil, Alai, Cpo che peraltro aggregano, assieme ai collaboratori e ai lavoratori in somministrazione, anche i lavoratori socialmente utili.

⁽⁴⁰³⁾ Sui profili della rappresentanza dei lavoratori «atipici» cfr. in generale i contributi raccolti nella sezione Ricerche: *Promozione della occupazione e nuovi lavori: i riflessi sulle relazioni industriali e la questione della rappresentanza*, in *q. Rivista*, 2005, n. 1, e ivi con particolare riferimento alla scelta compiuta dalle organizzazioni sindacali di rappresentare insieme lavoratori temporanei, collaboratori coordinati e continuativi le considerazione di A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., § 3.

⁽⁴⁰⁴⁾ T. TREU, *L'organizzazione sindacale, I, I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1967; L. MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei Paesi Membri della CECA*, Lussemburgo, 1966.

⁽⁴⁰⁵⁾ Rileva questo profilo A. SUPLOT, *op. cit.*, qui 17.

⁽⁴⁰⁶⁾ O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, Free Press, New York, 1975, cui adde L. GOLZIO, *op. cit.*, qui § 5.

⁽⁴⁰⁷⁾ In tema cfr. A. RUGIADINI, *L'efficienza delle scelte manageriali fra organizzazione e mercato*, in R.C.D. NACAMULLI, A. RUGIADINI (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985.

⁽⁴⁰⁸⁾ Questo profilo è analizzato diffusamente in S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 127-168.

lavoro a tempo indeterminato (c.d. *staff-leasing*) ⁽⁴⁰⁹⁾. Il decreto legislativo n. 276 del 2003, nel tentativo di strutturare e regolarizzare prestazioni di lavoro che, come detto, sono oggi svolte in forme alquanto discutibili e prive di garanzie sostanziali per i lavoratori, tipizza una serie di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che, in concorrenza rispetto all'attuale regime degli appalti di servizi e alle collaborazioni coordinate e continuative, consentono *ex lege*, senza cioè ulteriori specificazioni, la somministrazione a tempo indeterminato. Si tratta di servizi specialistici che possono essere svolti con maggiore efficacia, e sfruttando economie di scala, là dove resi da soggetti in possesso dei requisiti tecnici e professionali richiesti dalla legge: servizi di pulizia, custodia, portineria; servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione; l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa.

A queste ragioni se ne aggiungono altre particolarmente innovative a sostegno del sistema produttivo e della innovazione organizzativa delle imprese e, cioè, attività specialistiche di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati; attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale, gestione di *call-center*, nonché tutte le attività connesse alla fase di avvio di una nuova attività nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali.

Queste attività potranno essere svolte tanto da agenzie di somministrazione di tipo generalista che, limitatamente a ciascuna singola attività, da agenzie di tipo specialistico. Rispetto al regime degli appalti di servizi, l'indubbio maggiore costo dei servizi offerti dalle agenzie di somministrazione (a cui si applicano, tra le altre cose, sia la trattenuta del 4 per cento sui trattamenti retributivi sia la regola della parità di trattamento) sarà probabilmente bilanciato dalla qualità del servizio offerto che, in molti casi, verrà ad assumere profili di elevatissima professionalità i quali potranno essere soddisfatti solo attraverso forza-lavoro particolarmente qualificata e formata (anche attraverso il già ricordato fondo per la formazione di cui all'articolo 12 del decreto). Né può essere trascurata la circostanza che le agenzie di somministrazione di lavoro risultano anche esentate dagli oneri procedurali per i licenziamenti collettivi. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, esclude inoltre la computabilità del personale avviato dal somministratore presso l'utilizzatore dal computo nell'organico di quest'ultimo, «ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto» ⁽⁴¹⁰⁾.

⁽⁴⁰⁹⁾ Sullo schema dello *staff-leasing* cfr. G. MAUTONE, *Fornitura di manodopera a tempo indeterminato: lo staff leasing negli Stati Uniti*, in *DRI*, 1999, n. 1, cui *adde*, più recentemente, L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello StaffLeasing e la somministrazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego ecc.*, cit.

⁽⁴¹⁰⁾ Art. 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003. Per un bilanciamento di costi e benefici nel ricorso alla somministrazione di lavoro rispetto agli appalti di servizi cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit. qui par. 4.

Anche sul piano normativo il ricorso alla somministrazione di lavoro viene dunque incentivato in alternativa all'appalto di servizi. Ma sembra davvero paradossale individuare nello *staff-leasing* «uno strumento che assomma numerosi caratteri di precarizzazione dell'esperienza lavorativa» ⁽⁴¹¹⁾ quando il prestatore di lavoro, in questi casi, oltre a essere garantito dalla duplicità del datore di lavoro, risulta il più delle volte assunto con un contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato.

Accanto alla tipizzazione *ex lege* si rinvia poi alla contrattazione collettiva, nazionale o territoriale, il compito di individuare, anche in relazione ad attività non marginali del ciclo produttivo dell'utilizzatore, ulteriori ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Si affida dunque al controllo sociale l'espansione dell'istituto al di fuori di attività che già oggi sono oggetto di ampia esternalizzazione tramite lo strumento – sicuramente meno garantista per il lavoratore – degli appalti di servizi ⁽⁴¹²⁾.

Come si vede, eccetto che per le ipotesi di localizzazione di nuove attività nelle aree Obiettivo 1 e di gestione con regolari rapporti di lavoro subordinato dei *call-center*, non sarà possibile, come pure paventato da più parti (c'è chi ha impropriamente parlato di “scatole cinesi”), destrutturare e svuotare le aziende affidandole integralmente a lavoratori in affitto ⁽⁴¹³⁾. La somministrazione a tempo indeterminato sarà infatti possibile solo per ipotesi marginali e normalmente già appaltate all'esterno; al di là di queste ipotesi, il ricorso allo *staff-leasing* sarà invece possibile unicamente nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (anche in questo caso, come avviene per tutto il decreto, con la riserva della abilitazione alla tipizzazione di nuove ipotesi ai soli sindacati comparativamente più rappresentativi).

Ben altra cosa, dunque, da quella che taluno ha ritenuto nient'altro che una «versione esasperata del lavoro temporaneo di cui al pacchetto Treu» ⁽⁴¹⁴⁾. Vero è, piuttosto, che il nuovo regime – nel fornire un quadro unitario dei fenomeni interpositori ⁽⁴¹⁵⁾ – rappresenta ora non solo una opportunità per le imprese, rispetto alle logiche della esternalizzazione, ma anche un significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori che, come accennato, svolgono ora gran parte di queste attività attraverso semplici appalti di servizi o, peggio contratti di collaborazione coordinata e continuativa, privi di significativa regolazione ⁽⁴¹⁶⁾ ⁽⁴¹⁷⁾.

In realtà, proprio nel ritenere la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato – che

⁽⁴¹¹⁾ Così invece M. LAMBERTI, *op. cit.*, 408.

⁽⁴¹²⁾ Sul punto cfr., da ultima, L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, 269-270.

⁽⁴¹³⁾ Così, per tutti, O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 124.

⁽⁴¹⁴⁾ Così: M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 407.

⁽⁴¹⁵⁾ Giudicano come opportuna la scelta di delineare un testo unico della somministrazione di lavoro P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, qui 261, e anche F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 13-14.

⁽⁴¹⁶⁾ In termini analoghi cfr. S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, 192.

⁽⁴¹⁷⁾ Emblematico, da questo punto di vista, il ricorso ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa per la gestione dei *call center*. Tra le più recenti prassi applicative si segnalano i seguenti contratti aziendali, indotti dalla riforma Biagi, volti a innalzare le tutele dei lavoratori addetti ai *call center*: l'accordo del 24 maggio 2004 tra le categorie delle telecomunicazioni e Telecom (Atesia) sui contratti di lavoro flessibile (vedilo all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, in *Boll. Adapt*, 2004, n. 19) e, precedentemente, l'accordo del 3 marzo 2004 per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative tra i sindacati del commercio di Ggil, Cisl e Uil e l'Assocallcenter (vedilo all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, in *Boll. Adapt*, 2004, n. 7).

normalmente garantisce maggiori stabilità e tutele al lavoratore in carne e ossa – una «una forma molto più pericolosa del già noto lavoro temporaneo» ⁽⁴¹⁸⁾, si comprende come la dottrina e parte del movimento sindacale abbiano sin qui tollerato la legalizzazione della fattispecie solo a condizione di immaginarne una sua collocazione nell'alveo del lavoro precario e atipico, come tale da limitare drasticamente e ammettere in casi puramente eccezionali. Palesando tuttavia, in questo modo, una oggettiva incapacità culturale, prima ancora che progettuale, di immaginare nuovi modelli organizzativi e gestionali idonei a innalzare le tutele di un lavoratore in carne e ossa che, per motivi ideologici ed esigenze di sistema legate alla presunta necessità di una coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore effettivo della prestazione di lavoro ⁽⁴¹⁹⁾, si vuole a tutti i costi relegare in contesti normativi meno tutelati e gratificanti.

Sul piano della tecnica normativa altrettanto più importante è, da questo punto di vista, anche l'innovazione introdotta sul versante della fornitura a tempo termine, là dove si precisa che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore». Disposizione con cui si affida, in modo elastico, alle libere scelte datoriali, e conseguentemente alla dialettica intersindacale, la determinazione delle opzioni relative alla concreta organizzazione del lavoro in funzione delle caratteristiche e delle dimensioni aziendali, del *know-how* organizzativo e gestionale, del tipo di settore produttivo e, in generale, delle molteplici condizioni di contesto che richiedono alle imprese un continuo adattamento al mercato secondo la nota *life cycle theory* ⁽⁴²⁰⁾. Il tutto nella convinzione che, nella nuova economia, non può essere il legislatore a determinare in astratto, una volta per tutte e secondo meticolose tipizzazioni legali, i modelli organizzativi del lavoro ⁽⁴²¹⁾.

È sempre in questa prospettiva che si spiega perché, in secondo luogo, nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003 l'elemento della temporaneità della esigenza aziendale ⁽⁴²²⁾ perde valore di tratto caratterizzante, essendo ora la somministrazione a termine riferibile a ragioni oggettive relative anche «all'ordinaria attività dell'utilizzatore» ⁽⁴²³⁾.

Vero è che, come dovrebbe oramai essere chiaro a questo punto, cambia sostanzialmente la finalità dell'istituto in ragione del fatto che, analogamente a quanto già avvenuto con riferimento al contratto di lavoro a termine, viene meno il requisito della temporaneità della prestazione (il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 196

⁽⁴¹⁸⁾ Così, per tutti, O. BONARDI, *op. cit.*, qui 124.

⁽⁴¹⁹⁾ Sulla debolezza della tesi che vuole la necessaria coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione di lavoro, quale principio immanente alla nozione legale di lavoro subordinato, cfr. P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, cit., 24 e già L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 80-82.

⁽⁴²⁰⁾ Cfr. R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *op. cit.*, qui 127.

⁽⁴²¹⁾ Cfr., sul punto P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 241, secondo cui non si può stabilire in astratto quale sia – tra i vecchi modelli di *vertical company* e i nuovi modelli di impresa integrata – il migliore.

⁽⁴²²⁾ Elemento di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 196/1997. Sul punto cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro, Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, cit.

⁽⁴²³⁾ Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

del 1997) come condizione per il ricorso alla somministrazione a termine ⁽⁴²⁴⁾. In altri termini, e coerentemente a quanto avvenuto con in materia di assunzioni a tempo determinato ex articolo 1, decreto legislativo n. 368 del 2001 ⁽⁴²⁵⁾, il nostro ordinamento si orienta nuovamente verso l'originaria ispirazione antifraudolenta della disciplina del lavoro temporaneo ⁽⁴²⁶⁾, escludendo ogni opzione verso la pura e semplice rigidità nell'impiego della forza-lavoro. Là dove le degenerazioni interpretative della legge n. 1369 del 1960, volte a imporre vincoli e condizionamenti nella gestione flessibile della forza-lavoro, avevano finito con l'introdurre nell'ordinamento un divieto rigido e di carattere oggettivo, in quanto prescindeva da un intento fraudolento o simulatorio delle parti ⁽⁴²⁷⁾.

E la stessa delega contenuta nella legge delega n. 30 del 2003, del resto, che orienta il legislatore delegato verso una ispirazione antifraudolenta della nuova disciplina, in funzione dell'obiettivo di vietare – e reprimere, mediante la nuova figura della somministrazione fraudolenta di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 276 del 2003 – ipotesi di intermediazione o interposizione nei rapporti di lavoro volte a ledere i diritti dei lavoratori. Ciò su cui dunque incide il decreto, in perfetta coerenza con quanto prevede la proposta europea di regolazione della fornitura di lavoro altrui ⁽⁴²⁸⁾, è invece la soppressione di tutte quelle norme finalizzate esclusivamente all'obiettivo di irrigidire in sé l'uso della manodopera, anche là dove non esistano istanze di tutela del lavoro. L'articolo 4 della proposta di direttiva europea è infatti perentorio nell'affermare che restrizioni e proibizioni alla fornitura di lavoro sono ammissibili unicamente se basate su motivi di interesse generale e, in particolare, su esigenze di tutela dei lavoratori e che, pertanto, è compito degli Stati membri eliminare ogni restrizione o proibizione che non trova una siffatta giustificazione.

Circostanza questa che spiega perché ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore». Come non può il legislatore stabilire, in astratto, come si

⁽⁴²⁴⁾ Tanto che – come già rilevato nel mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit. qui 213, non pare più corretto parlare di fornitura o somministrazione di lavoro temporaneo ma, semmai, di fornitura o somministrazione temporanea, e cioè a termine, di lavoro.

⁽⁴²⁵⁾ Sul punto, per i necessari approfondimenti, che non possono essere sviluppati in questa sede, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit. Conferma il venir meno del requisito della temporaneità della prestazione rispetto alla apposizione del termine la recente circ. Min. lav. n. 42/2002, (reperibile all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro a termine*).

⁽⁴²⁶⁾ Sulla originaria funzione antifraudolenta della normativa sul lavoro temporaneo cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.Vv., *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 125 e, con specifico riferimento alla somministrazione di manodopera, A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I, 128 ss.

⁽⁴²⁷⁾ Isolata, in dottrina, era infatti rimasta la posizione di A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959, che individuava nella frode l'elemento costitutivo della fattispecie illecita. Sul punto, per una puntuale rassegna dei prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr., per tutti, F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, cit., qui 3-5.

⁽⁴²⁸⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*, e per un commento cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 171-180, cui adde i contributi e i materiali raccolti in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *Temporary Agencies Work and the Information Society*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2004, n. 50, ed in particolare R. BLANPAIN, *EU legislation on temporary work*, 249 -275.

organizza una impresa così neppure il giudice può intervenire nel merito di legittime scelte aziendali e dovrà pertanto indirizzare la sua azione verso il controllo su situazioni abusive e fraudolente.

Altrettanto importante, in questa prospettiva, è infine l'intervento sul regime degli appalti di servizi ⁽⁴²⁹⁾. Stando alla lettera dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003, ai fini della applicazione delle norme in materia di somministrazione, «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa». E ciò coerentemente a quanto statuito all'articolo 20, comma 2, là dove si precisa che «per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

L'impostazione accolta nel decreto legislativo n. 276 del 2003 non comporta, come pure sostenuto ⁽⁴³⁰⁾, una indebita alterazione del quadro regolatorio previgente. Il legislatore delegato si limita semmai a consolidare – e generalizzare – taluni orientamenti giurisprudenziali ⁽⁴³¹⁾ con cui si era già cercato, nella prassi applicativa, di aggiornare la lettura del dato legale al mutato contesto economico e produttivo ⁽⁴³²⁾. La Corte di cassazione era infatti giunta da tempo a considerarsi leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera, si configurano come un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore ⁽⁴³³⁾.

Vero è, alla luce del nuovo dato legale, che per non incorrere in una ipotesi di interposizione vietata, occorrerà pur sempre, a conferma della genuinità dell'appalto, la presenza dei due elementi caratterizzanti della fattispecie: l'organizzazione dei mezzi necessari – mezzi che, è bene precisare ⁽⁴³⁴⁾, possono anche essere immateriali – e la gestione dell'appalto a proprio rischio.

Particolarmente utile per dare maggiore certezza ai processi di esternalizzazione potrebbe essere, in questa prospettiva, l'assistenza fornita dalle sedi di certificazione. Anche perché, ai sensi dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 276 del 2003, gli operatori economici potrebbero presto avvalersi di codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e

⁽⁴²⁹⁾ Per un primo commento cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004*, n. 251, 15-19.

⁽⁴³⁰⁾ Cfr. con specifico riguardo proprio alla giurisprudenza evolutiva in materia di divieto di interposizione di lavoro P. ALLEVA, *op. cit.*, qui 170-174.

⁽⁴³¹⁾ Su cui cfr., da ultimo e per tutti: R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit., 45-46, e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽⁴³²⁾ Così P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 264.

⁽⁴³³⁾ In dottrina cfr., recentemente, L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 269-271 e, soprattutto, L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione ecc.*, cit., 127-181.

⁽⁴³⁴⁾ In dottrina, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione. Somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 69-70.

appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore ⁽⁴³⁵⁾.

L'abrogazione della legge n. 1369 del 1960, e dei relativi divieti in materia di intermediazione nei rapporti di lavoro contenuti nella legge n. 264 del 1949, non comporta in ogni caso il venir meno del regime sanzionatorio – civilistico e penalistico – previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro. A sostegno della effettività del nuovo quadro legale sono anzi previste specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile ⁽⁴³⁶⁾.

Vero è che, rispetto alla disciplina previgente viene superato il principio dell'uniformità di trattamento economico e normativo tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore nel caso di appalti «interni» ⁽⁴³⁷⁾. Ma come noto, si trattava di una previsione formalistica tanto largamente inapplicata nella prassi degli affari, quanto anacronistica rispetto alla evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro ⁽⁴³⁸⁾. Maggiormente efficace, e rispondente a un nuovo equilibrio tra esigenze del sistema produttivo e istanze di tutela del lavoro, pare piuttosto il vincolo di solidarietà tra committente e appaltatore, già previsto dalla legge n. 1369 del 1960, per i trattamenti retributivi e contributivi dovuti al lavoratore in tutti i casi di appalto ⁽⁴³⁹⁾. Una regola semplice, ma che ha una valenza pratica assai importante, e non solo al fine di garantire una maggiore tutela dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione. A ben vedere, infatti, la piena corresponsabilizzazione del committente rispetto ai trattamenti retributivi e contributivi del lavoratore non potrà che indirizzare la scelta di chi intenda appaltare opere o servizi verso imprese solide e altamente qualificate. E questo, evidentemente, a tutto vantaggio dei processi di specializzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese.

6. Verso un nuovo diritto delle risorse umane

La sfida aperta dalla riforma Biagi non è certo di poco conto, soprattutto sul versante della gestione delle risorse umane e del corretto funzionamento del mercato del lavoro. È stato puntualmente osservato, a questo proposito, che ad operatori economici e del diritto è ora richiesto un vero e proprio salto di consapevolezza e di cultura nello svolgimento dei loro compiti: solo in questo modo sarà infatti possibile «comprendere le dinamiche messe in moto dalla nuova legge e (...) applicarne i contenuti in modo coerente ed equilibrato con l'intento di migliorare il

⁽⁴³⁵⁾ Sul punto cfr. L. CACCIAPAGLIA, *La certificazione dell'appalto*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 283-290.

⁽⁴³⁶⁾ Cfr. *supra* la nota 59.

⁽⁴³⁷⁾ Cfr. F. SCARPELLI, *Appalto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 436.

⁽⁴³⁸⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione ecc.*, cit., qui 17.

⁽⁴³⁹⁾ Tale principio, previsto inizialmente dal d.lgs. n. 276/2003 per i soli appalti di servizi, è stato esteso a tutti gli appalti dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251/2004, «salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative».

funzionamento dei mercati del lavoro, interni ed esterni» ⁽⁴⁴⁰⁾.

Le innovazioni al quadro previgente sono indubbiamente molteplici e tutte di notevole portata sia sul piano teorico che su quello pratico-operativo. E questo, come visto, soprattutto per quanto attiene al nuovo regime delle esternalizzazioni del lavoro. Per ridare effettività – e credibilità – al diritto del lavoro la scelta del legislatore è stata quella di affidare a chi sta in azienda un quadro di regole duttili e concretamente esigibili, la cui concreta implementazione è rimessa al responsabile della gestione del personale, in funzione di ragioni tecniche, organizzative o produttive, e nel rispetto della normale dialettica sindacale. Aumenta così la possibilità per le imprese di ricorrere legittimamente al mercato esterno e, conseguentemente, di ripensare in profondità i modelli organizzativi del lavoro nella convinzione – propria anche delle istituzioni comunitarie ⁽⁴⁴¹⁾ – che solo governando il cambiamento in atto è possibile mantenere e sviluppare il capitale umano di un determinato sistema produttivo.

Da questo punto di vista – come ha riconosciuto Tiziano Treu ⁽⁴⁴²⁾ – «lo *shock* prodotto dalla nuova normativa può essere una occasione utile per rinnovare gli strumenti tradizionali di gestione delle risorse umane». Ciò che è certo è che si registra un profondo cambiamento nella concezione del diritto del lavoro e delle tecniche di tutele del lavoro che da sempre lo caratterizzano.

La Legge Biagi ci consegna infatti un vero e proprio diritto delle risorse umane che vede nelle regole del lavoro non più un arido *corpus* normativo, patrimonio di pochi adepti, ma piuttosto uno strumento al servizio dei lavoratori e delle imprese in linea con la più recente evoluzione dei modi di lavorare e produrre che fanno del fattore personale il centro della sfida della competitività. Nella convinzione che solo governando i processi normativi reali – e non mediante vincoli e divieti insostenibili, che poi alimentano pratiche *contra legem* – si garantisce concretamente la qualità del lavoro e l'investimento nella persona come fattore competitivo e dunque capitale dell'impresa ⁽⁴⁴³⁾.

⁽⁴⁴⁰⁾ Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., qui 169, che poi precisa: «questo obiettivo dovrebbe essere comune a tutti, al di là delle riserve e critiche di rito manifestate nei confronti delle scelte legislative». In questo senso cfr. anche il mio *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, cit., 3-30.

⁽⁴⁴¹⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Anticipating and Managing Change: a Dynamic Approach to the Social Aspects of Corporate Restructuring*, 2002, qui 2, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce Lavoro (Organizzazione del).

⁽⁴⁴²⁾ Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., 156.

⁽⁴⁴³⁾ Cfr. A. RUSSO, *op. cit.*, qui 262.

Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*

Giuseppe Ferraro

1. Premessa	121
2. Il lavoro subordinato nell'ordinamento giuridico	121
3. La latitudine della fattispecie	122
4. Il peso inquinante della parasubordinazione	122
5. Il Lavoro subordinato nella riforma Biagi	123
6. La qualificazione dei contratti di lavoro	124
7. L'indisponibilità tipologica	126
8. La certificazione dei contratti di lavoro	127
9. La disciplina e gli effetti della certificazione	130
10. Gli strumenti di deflazione del contenzioso	131
11. Evoluzioni di diritto sostanziale e riflessi processuali	133

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 30/2005

1. Premessa

La riflessione si articola idealmente in tre parti dedicate rispettivamente: A) al concetto di lavoro subordinato; B) alla certificazione dei contratti di lavoro; C) agli strumenti di deflazione del contenzioso.

Il *primo* aspetto, ancorché non strettamente necessario, è tuttavia imprescindibile per la trattazione e comprensione delle parti successive, anche perché riflette convinzioni personali ormai radicate che vanno preventivamente esplicitate.

Il *secondo* profilo di indagine riguarda le problematiche connesse alla qualificazione dei contratti di lavoro recentemente riproposte all'attenzione degli studiosi dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto, alquanto inusitato, della certificazione dei contratti di lavoro (di cui agli artt. 75 ss., D.Lgs. n. 276/2003, ed art. 6 D.Lgs. n. 251/2004), al quale è stato assegnato, tra l'altro, l'obiettivo sin troppo ambizioso di ridurre il contenzioso del lavoro quanto meno nelle materie specificamente considerate.

La prefigurazione di un siffatto obiettivo induce ad interrogarsi – di qui il *terzo* profilo di indagine – sull'idoneità del procedimento introdotto e più in generale sulle diverse tecniche di deflazione del contenzioso del lavoro che dovrebbero porre rimedio alla drammatica crisi del processo del lavoro divenuto ormai emblematico di disfunzioni ed ineffettività di tutele ed in perenne violazione del giusto processo (art. 111 Cost.) come la comunità internazionale più volte ci ricorda.

Come risulta evidente gli aspetti considerati sono tra loro interdipendenti e logicamente consequenziali al punto che l'impostazione teorica prescelta nella trattazione del primo tema è suscettibile di riflettersi "a cascata" nella considerazione delle successive problematiche.

2. Il lavoro subordinato nell'ordinamento giuridico

La definizione di *lavoro subordinato* in un'ottica ordinamentale si individua esclusivamente nell'art. 2094 c.c. che, nel quadro del Tit. II ("*del lavoro nell'impresa*"), fornisce una definizione puntuale del relativo contratto di lavoro posto al centro del sistema protettivo della legislazione del lavoro.

Il contratto ivi definito costituisce il tipo preminente di lavoro subordinato e non già un sottotipo di una fattispecie più ampia desumibile per estrapolazione concettuale dal nucleo comune a tutte le eterogenee manifestazioni di lavoro dipendente. La sua collocazione centrale nell'ambito del sistema deriva, non solo dalla rilevanza statistico-quantitativa che il contratto di lavoro nell'impresa ha storicamente assunto rispetto ad altre forme di utilizzazione del lavoro altrui, ma anche dal fatto che costituisce la forma giuridica tipizzata di acquisizione e di gestione del lavoro nell'ambito di un'attività produttiva.

Norme di raccordo poi estendono la disciplina specifica a rapporti di lavoro dipendente che presentano connotati parzialmente difformi: quali i rapporti di lavoro non inerenti all'esercizio di impresa (art. 2239 c.c.), eloquentemente compresi nella categoria dei "particolari rapporti" (così definiti nel Tit. IV), e disciplinati dalle disposizioni di carattere generale sul lavoro subordinato "*in quanto compatibili con le specialità del rapporto*", ovvero il lavoro a domicilio (art. 2128 c.c.), ove risulta mancante l'inquadramento spaziale nell'impresa e l'esercizio dei poteri organizzativi si presenta fortemente attenuato, ovvero ancora il tirocinio (art. 2134 c.c.), capostipite dei contratti formativi, contraddistinti da una causa promiscua, o infine il lavoro pubblico (art. 2129 c.c.)

originariamente connotato da una supremazia speciale del soggetto datoriale.

Percorsi analoghi contraddistinguono le ulteriori forme di lavoro speciale, che presentano elementi normativi aggiuntivi, in qualche caso anche riduttivi, rispetto all'archetipo classico definito nella norma codicistica.

3. La latitudine della fattispecie

La definizione di lavoro subordinato risulta puntualmente elaborata nell'art. 2094 c.c. benché siano trasparenti gli elementi di contaminazione di fattispecie teoriche di diversa matrice ideologica e forse anche politica⁴⁴⁴. Attraverso il contratto di lavoro il lavoratore si obbliga a collaborare continuativamente nell'impresa e cioè a fornire una prestazione lavorativa in cambio della retribuzione, tuttavia l'obbligo specifico incorpora nella sua sfera causale l'accettazione di uno stato di dipendenza tecnico-funzionale che si esprime essenzialmente attraverso l'esercizio dei poteri imprenditoriali così come regolati nelle varie norme codicistiche ed altresì aggiornati dalla legislazione successiva ed in special modo dallo Statuto dei Lavoratori⁴⁴⁵.

Così ricostruita la fattispecie tipica di lavoro subordinato presenta una naturale proiezione espansiva suscettibile di comprendere tutte le forme di lavoro continuativo alle dipendenze di un soggetto utilizzatore della prestazione. Tendenza espansiva che incontra dei limiti esterni rigidamente ricostruibili: come nel caso del lavoro autonomo per lo svolgimento di una singola opera o di un singolo servizio (art. 2222 c.c.), ove il dato peculiare è la mancanza della dipendenza e/o della direzione in quanto connessi alla continuità della collaborazione lavorativa, o come nel caso dei lavori occasionali, non significativamente rilevanti ai fini dell'inquadramento organico in un'attività di impresa, o ancora con riferimento a taluni rapporti continuativi ma che hanno elaborato un proprio autonomo statuto protettivo, come è il caso, ad esempio, degli agenti o dei rappresentanti di commercio (artt. 1742 ss. c.c.), oppure di figure professionali autonomamente qualificate nell'ordinamento giuridico in quanto iscritti ad albi e collegi professionali (art. 2229 c.c.) e quindi suscettibili di realizzare una dinamica protettiva endogena secondo canoni difforni da quelli tipici del lavoro dipendente⁴⁴⁶.

Del resto la formula codicistica, depurata da alcune opportunistiche semplificazioni, ha un'intrinseca potenzialità evolutiva, puntualmente colta dalla giurisprudenza, ed è come tale suscettibile di adattarsi a contesti produttivi eterogenei ed a modelli organizzativi più evoluti d'impresa (persino alle imprese immateriali o a rete) senza che per questo venga in alcun modo alterato o compromesso il nucleo essenziale di qualificazione dei rapporti rappresentato dall'impegno a collaborare continuativamente in una posizione di subalternità tecnico-funzionale.

4. Il peso inquinante della parasubordinazione

Valore inquinante rispetto allo schema sommariamente tratteggiato ha assunto la fattispecie

⁴⁴⁴ L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due recenti trattazioni*, in RIDL, 1986, I, 5 ss., 12; *Id.*, *Il contratto individuale di lavoro*, ora in GDLRI, 2000, 181.

⁴⁴⁵ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nell'ordinamento positivo italiano*, I, Milano, 1915-1917, 601 ss., spec. 615; M. NAPOLI, *Dallo statuto dei lavoratori allo statuto dei lavori*, in DRI, 1998, 3, 303; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989; *Id.*, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000.

⁴⁴⁶ Su tali problematiche, da diverse prospettive, v. A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, in RGL, 2003, I, 221; G. PROIA, *Flessibilità e tutela nel contratto di lavoro subordinato*, in GDLR, 2002, 411.

della *parasubordinazione*, arbitrariamente ricostruita dall'art. 409, n. 3, c.p.c., e dilatata oltre misura al di là di ogni sua giustificazione di tipo normativo. Infatti l'applicazione del processo del lavoro ad alcune fattispecie tipiche di lavoro, esternalizzate *ante litteram*, aveva una sua precisa e puntuale giustificazione di carattere soggettivo ed oggettivo; tuttavia è diventata la chiave di volta per la costruzione di una fattispecie amorfa ed indifferenziata, concorrenziale ed alternativa al lavoro dipendente, e come tale suscettibile di compromettere le basi assiologiche di giustificazione del relativo regime protettivo.

L'operazione, di matrice dottrinale, non presenta un serio fondamento di diritto positivo ed ha di fatto assecondato tendenze evasive ed opportunistiche da parte degli operatori del settore i quali si sono inventati una fattispecie generale di esonero contributivo "legalizzata" ancorché non prevista nel codice civile ed addirittura contraddittoria rispetto all'assetto normativo ivi prefigurato. Sicché è dovuto intervenire il legislatore per rimettere un minimo di ordine nella situazione artificiale e squilibrata che si era venuta a determinare: *in un primo momento* prefigurando un trattamento previdenziale, sia pur minimale (in seguito incrementato), per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (v. legge n. 335/1995, art. 2, co. 26), ed *in un secondo momento* assimilando i redditi di collaborazione coordinata e continuativa ai redditi di lavoro dipendente (v. art. 34, legge n. 342/2000)⁴⁴⁷.

5. Il Lavoro subordinato nella riforma Biagi

Nel quadro così descritto assume un (inconsapevole?) valore chiarificatore la normativa contenuta nella cd. riforma Biagi, che in qualche modo rappresenta un tentativo farraginoso di ritornare al codice civile ripristinando la centralità del lavoro subordinato delimitato all'esterno da alcune fattispecie tipiche, puntualmente e rigorosamente disciplinate, tra le quali in particolare meritano di essere segnalati: il lavoro a progetto, faticosamente ricondotto nella eterogenea famiglia dei lavori autonomi o para-autonomi, le collaborazioni coordinate e continuative sopravvissute con riferimento a particolari soggetti (agenti, professionisti, pensionati di vecchiaia, etc.), e le associazioni in partecipazione esemplificatrici di possibili relazioni lavorative non strettamente corrispettive.

Inoltre la riforma, nel prevedere un'ampia articolazione delle modalità di impiego del lavoro dipendente, ne ha anche implicitamente dilatato l'ambito di penetrazione nella realtà economica precludendo così operazioni evasive e speculative che non possono essere più mascherate da esigenze di maggiore flessibilità tecnica, organizzativa o operativa.

Del resto il carattere per così dire esclusivo ed onnicomprensivo del contratto di lavoro subordinato, sia pure ampiamente articolato o, come vezzosamente suol dirsi, "declinato al plurale", trova una corposa conferma in alcune norme di carattere sanzionatorio, che si è cercato vanamente di disattivare nelle varie circolari ministeriali. Ci si riferisce in particolare all'art. 69, co. 1, alla stregua del quale i rapporti di collaborazione instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto (...) "*sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione*" (ma v. pure quanto prevede allo stesso fine il co. 2), ed ancora all'art. 86, co.

⁴⁴⁷ Per una ricostruzione del processo evolutivo, G. FERRARO, *Collaborazioni non subordinate e riflessi previdenziali*, in RDSS, 2001, 103; per una ricostruzione difforme v. da ultimo M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione dal contratto allo status*, in ADL, 2002, 263 ss.

2, in materia di contratto di associazione in partecipazione, assoggettato alla disciplina del lavoro dipendente nel caso di prestazioni rese *“senza un’effettiva partecipazione ed adeguate erogazioni a chi lavora”*.

Ma allo stesso fine possono essere richiamati: l’art. 27, in materia di somministrazione irregolare, in virtù del quale il mancato rispetto di alcune condizioni definite per il contratto di somministrazione determina *“la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze”* dell’utilizzatore con effetto dall’inizio della somministrazione; ed ancora la disciplina sugli appalti – così come modificata dall’art. 6 del decreto correttivo 6.10.2004, n. 251 – ove l’art. 29, co. 3 *bis*, recita che *“quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell’articolo 414 c.p.c, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest’ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell’art. 27, comma 2”*. La medesima sanzione viene introdotta dall’art. 7, D.Lgs. n. 251/2004, in caso di distacco privo dei requisiti di cui al co. 1 dell’art. 3, D.Lgs. n. 276/2003.

La decisa scelta legislativa, non si sa quanto consapevolmente adottata⁴⁴⁸, può rappresentare l’occasione propizia per ridimensionare il dibattito sulla subordinazione e per semplificare la relativa problematica secondo il tracciato rilevabile dalla normativa europea e dalla esperienza degli altri paesi, ove la fattispecie del lavoro dipendente sembra implicita o naturalisticamente presupposta e di certo non è registrabile una elaborazione così appassionata o, secondo taluni, autofustigante sulla qualificazione della subordinazione.

6. La qualificazione dei contratti di lavoro

In riferimento ai dati di diritto sostanziale innanzi richiamati, anche nella materia specifica, la qualificazione del rapporto di lavoro si realizza attraverso un’operazione tipicamente sussuntiva di riconduzione della fattispecie concreta nella fattispecie tipizzata sul piano normativo. Operazione che in punto di principio non dovrebbe lasciare margini a valutazioni soggettivistiche ispirate dalla ipostatizzazione di un tipo sociologico prevalente a cui rapportare con un giudizio di approssimazione le situazioni concrete di volta in volta rilevate. E tanto meno lascia margini ad operazioni di modularizzazione delle tutele in ragione delle esigenze sostanziali di volta in volta rilevate, secondo una ricorrente aspirazione dottrinale⁴⁴⁹ che non trova basi normative di legittimazione. Altro è rilevare che nell’esercizio di tale processo logico-esegetico emerge sovente la consapevolezza della eccezionale latitudine della fattispecie considerata in grado di comprendere situazioni concrete alquanto differenziate onde l’intrinseco relativismo dei c.d. elementi indiziari della subordinazione adottati utilmente dalla giurisprudenza per qualificare le situazioni ambigue.

Sotto tale profilo la contrapposizione tra un indirizzo interpretativo favorevole al metodo

⁴⁴⁸ Sulle contraddizioni della riforma v. per tutti P. ALLEVA, *Ricerche ed analisi dei punti critici del d.lgs. n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, 8887 ss.

⁴⁴⁹ Per una esplicitazione di proposte operative in tale direzione, sono tuttora attuali i due progetti di legge formulati da P. ALLEVA e M. D’ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie contratto di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, Roma, 1996, 187-199.

sussuntivo ed uno incline a quello tipologico, sia pure riadattato in chiave funzionale⁴⁵⁰ che ha appassionato la dottrina lavoristica negli ultimi tempi, presenta una certa incomunicabilità di linguaggio per la non corrispondenza delle prospettive di analisi, come del resto confermato dal rilievo che i fautori del primo indirizzo contestano ai secondi di applicare il metodo sussuntivo senza neppure rendersene conto⁴⁵¹, mentre i fautori del secondo indirizzo rivolgono ai primi la stessa identica contestazione⁴⁵².

Pertanto, a nostro avviso, più che un problema di metodo la questione centrale resta quella di avere ben presente le caratteristiche peculiari della legislazione del lavoro e le implicazioni istituzionali che vi sono connesse.

Ed invero, l'operazione di *qualificazione dei rapporti di lavoro* segnala un procedimento logico parzialmente difforme da quello perseguito nell'esame delle altre fattispecie contrattuali, ove l'attività qualificatoria presuppone un'attività di interpretazione volta all'accertamento della effettiva volontà delle parti e quindi si traduce nella definizione degli effetti giuridici (i cd. *naturalia negotii*) connessi alla scelta di un determinato tipo o modello negoziale⁴⁵³.

In ambito lavoristico tale operazione risulta alterata essenzialmente per un duplice ordine di motivazioni: 1) anzitutto perché la comune volontà delle parti si considera inaffidabile in quanto condizionata dal ruolo prevaricante che assume il datore di lavoro in un sistema economico in cui il lavoro rappresenta un bene scarsamente disponibile; 2) in secondo luogo perché la volontà delle parti, ancorché autentica e non simulata o condizionata, assume un peso trascurabile rispetto all'assetto di interessi che concretamente viene a realizzarsi nello svolgimento continuativo delle relazioni di lavoro. Ciò vuol dire, sotto altra prospettiva, che la volontà negoziale si ricostruisce induttivamente dalle concrete modalità di svolgimento dei rapporti e che le parti non possono volere se non in conformità a ciò che tempo per tempo realizzano⁴⁵⁴.

Le ragioni di tale peculiarità sono ampiamente note e riconducibili essenzialmente alla circostanza che la normativa lavoristica persegue poliedrici interessi in buona parte trascendenti quello pur decisivo di protezione soggettiva del lavoratore in quanto parte debole nella relazione mercantile: tra questi prioritariamente l'interesse collettivo dei lavoratori a salvaguardare l'uniforme applicazione dei trattamenti tariffari minimi onde evitare "rincorse al ribasso", nonché l'interesse istituzionale a salvaguardare alcuni valori indisponibili connessi all'implicazione della persona del lavoratore nel processo produttivo, ed ancora l'interesse finanziario dello stato moderno ad assicurarsi adeguate fonti di finanziamento per alimentare un costoso sistema di *welfare* e per assicurare la redistribuzione delle risorse attraverso principalmente la contribuzione previdenziale e

⁴⁵⁰ L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, 1990, I, 182 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

⁴⁵¹ L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due recenti trattazioni*, op. cit., 16-18.

⁴⁵² M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ADL, 1, 1995, 63 ss.

⁴⁵³ R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato* (voce), in EGT, 1990, 1- 26, 14; *Id.*, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in RIDL, 2001, I, 95 ss.

⁴⁵⁴ Cfr. in tal senso Cass. 15 novembre 1999 n. 12634; Cass. 22 novembre 1999, n. 12926; Cass. 20 giugno 2003 n. 9900; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16119; Cass. 23 luglio 2004, n. 13872; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20669.

l'imposizione fiscale⁴⁵⁵.

Questo vuol dire che, al di là delle enunciazioni ritualistiche che si rinvencono nelle sentenze della Corte di Cassazione, il *nomen iuris* indicato dalle parti non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione dei contratti di lavoro in quanto completamente sopraffatto dalla verifica effettuale delle modalità di esplicazione della prestazione e dall'assetto di interessi complessivamente realizzati. In realtà il timido tentativo giurisprudenziale di valorizzare il *nomen iuris*, tanto enfaticizzato in un recente passato, ha costituito un mero tributo intellettualistico ad operazioni teoriche volte a destrutturare l'assetto del diritto del lavoro recuperando il potere negoziale delle parti contrattuali. Ma a parte che tale rimescolamento degli equilibri giuridici non si è affatto realizzato, insistere sulla importanza del *nomen iuris* significa porsi in aperta contraddizione con gli orientamenti più volte espressi dalla Corte Costituzionale in materia di indisponibilità del tipo legale⁴⁵⁶, orientamenti oltretutto puntualmente evocati dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione in innumerevoli circostanze⁴⁵⁷.

7. L'indisponibilità tipologica

Come ben evidenziato dalla più qualificata dottrina lavoristica, il Giudice delle leggi ha elaborato una nozione rigida ed "onnivora" di subordinazione collegandola strettamente ad una condizione economico-sociale a cui si collega un apparato protettivo assolutamente indisponibile *sia* da parte del legislatore *sia* da parte dei soggetti privati.

In un assetto così definito qualunque margine di effettiva considerazione della volontà negoziale risulta pregiudizialmente precluso perché le parti non possono volere in difformità di quanto per essi prescrive l'ordinamento giuridico. Questo spiega l'evoluzione schizofrenica del recente dibattito sulla certificazione dei contratti di lavoro che, partito da ambiziosi propositi, si è dovuto accontentare di una serie di espedienti tecnici (efficacia provvisoria dell'accertamento, obbligatorietà del tentativo di conciliazione dinanzi all'organo certificante, etc.) per rendere in qualche modo credibile un procedimento che altrimenti si sarebbe rivelato del tutto inconcludente.

Ma prima di approfondire tale aspetto, occorrerebbe chiedersi se quell'indirizzo costituzionale possa essere ancora pregiudizialmente condiviso o se non debba piuttosto essere messo in discussione in quanto esprime una concezione universalistica o sacrale di subordinazione frutto di una forzata integrazione tra la fattispecie descritta dall'art. 2094 c.c. – come si è visto dalla latitudine particolarmente estesa – e la figura di lavoratore protetta dalla "carta costituzionale" quale soggetto esponentiale delle classi economicamente deboli in contrapposizione agli interessi ed ai valori del capitale e dell'impresa⁴⁵⁸.

A questo proposito si potrebbe rilevare che tale super concetto di subordinazione non risulta

⁴⁵⁵ Sul punto, per tutti, M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alle disponibilità del tipo contrattuale in diritto del lavoro*, ora in *Opere*, vol. I, 189 ss., spec. 203 ss.; di recente E. GRAGNOLI, *Interpretazione e certificazione dei contratti*, in *RGL*, 2004, I, spec. 551, ivi bibliografia.

⁴⁵⁶ Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *FI*, 1993, I, 2432; Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *ADL*, 1995, 297.

⁴⁵⁷ Vedi, *ex plurimis*, Cass. 6 febbraio 1995, n. 1350, in *RIDL*, 1995, II, 817; Cass. 7 ottobre 1997, n. 9722, *ivi*, 1998, II, 659; Cass. 9 gennaio 2004, n. 166, in *RIDL*, 2004, II, 739; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20669, in *GLav*, n. 4, 18; Cass. 22 agosto 2003, n. 12364; Cass. 17 luglio 2003, n. 11203.

⁴⁵⁸ Cfr. le considerazioni di V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 271 ss., 301-304; v. pure A. CONTI, *Il problema dell'indisponibilità del tipo negoziale*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione nei contratti di lavoro*, Torino, 2004, 149 ss., spec. 155 ss.

incorporato nel testo costituzionale e non ha quella dimensione universalistica ed ontologica che viene attribuita all'elaborazione della Corte. In realtà, nel rispetto degli equilibri istituzionali, il legislatore ordinario può modificare o restringere la nozione di lavoratore subordinato, la può articolare al plurale differenziandone la latitudine in relazione al contesto produttivo ovvero alle qualità soggettive e professionali dei lavoratori implicati, può modificare i livelli e le tecniche di tutela, può persino concentrarsi in alcuni casi soltanto sul profilo previdenziale lasciando alle parti negoziali un'ampia autonomia di regolamentazione dei reciproci rapporti. Si tratta evidentemente di scelte di politica del diritto, su cui la contrapposizione delle posizioni ideali può essere anche particolarmente aspra, ma in ordine alle quali non sembra siano ricostruibili preclusioni istituzionali, almeno così aprioristiche ed ontologiche come quelle attribuite alla Corte.

I vincoli che il legislatore incontra in tali processi normativi sono piuttosto rappresentati dalla necessità di salvaguardare alcune garanzie fondamentali sul lavoro in generale espressamente enunciate nel testo costituzionale (art. 35 Cost.) in una dimensione, questa sì, trasversale ed universale, che investe l'intero mondo del lavoro⁴⁵⁹, e di rispettare altresì i principi fondamentali di eguaglianza sostanziale e di ragionevole proporzionalità delle tutele in relazione alle situazioni di fatto di volta in volta considerate (art. 3 Cost.).

D'altro canto anche la convinzione ormai acriticamente enunciata di un'assoluta impermeabilità tra la tutela inderogabile di legge (nonché quella di contrattazione collettiva) e la facoltà dispositiva delle parti private – irrinunciabile la prima e disponibile la seconda – è assai meno ineccepibile di quanto comunemente si ritenga sino a giustificare le severe censure di insipienza rivolte al legislatore del 2003 che aveva osato sovrapporre i due fenomeni: altrimenti non si riuscirebbe a comprendere del tutto la disciplina in materia di rinunzie e transazioni del lavoratore, che diventano inoppugnabili allorché sono effettuate alla presenza di soggetti qualificati indipendentemente dalla materia controversa e dai contenuti di volta in volta negoziati.

In termini pragmatici non può contestarsi che la rinuncia a diritti patrimoniali garantiti dalla legislazione e dalla contrattazione, comunque effettuata, incide di fatto sui livelli di tutela spettanti ai singoli lavoratori e si riflette negativamente sugli obiettivi pubblicistici di realizzare tutele sostanziali e processuali omogenee ed indisponibili.

8. La certificazione dei contratti di lavoro

Ovviamente questo è un discorso "retrospettivo" perché sul piano dell'ordinamento positivo il legislatore è rimasto folgorato dalla tesi della "indisponibilità del tipo" ed ha seguito un percorso di progressiva riduzione dei margini di innovazione – condivisibili o contestabili – che erano stati prefigurati nell'ampio dibattito che ha preceduto la riforma. Qui entriamo nel vivo dell'altro tema inerente la certificazione dei contratti così come viene prospettato dalla normativa innanzi richiamata⁴⁶⁰.

Com'è ampiamente noto, l'idea della certificazione dei contratti di lavoro era strettamente legata,

⁴⁵⁹ Direbbe M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali*, op. cit., 70 ss., il lavoro cioè inteso come istituto economico-sociale "che riassume ed ordina in un contesto unitario i fenomeni dell'integrazione contrattuale del lavoratore nell'attività economica e della protezione specifica del lavoro subordinato".

⁴⁶⁰ Su tale istituto v. per tutti L. NOGLER, da ultimo, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, 869 ss.; P. TULLINI, *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 2004, 819 ss.; nonché AA.Vv., *La certificazione dei contratti di lavoro*, a cura di G. PERONE e A. VALLEBONA, Torino, 2004.

nei primi progetti degli anni '90, all'obiettivo di consentire una valorizzazione della volontà negoziale nella scelta dei contratti con specifico riferimento a quelli di nuova istituzione che incorporano esigenze di flessibilità e di modulazione. In questo contesto la certificazione veniva a configurarsi come uno strumento complementare della facoltà concessa alle parti negoziali di scegliere preventivamente lo schema giuridico di regolazione dei rapporti e persino di articolare le forme ed i livelli di protezione secondo le reciproche convenienze sia pure con procedure ritualizzate ed assistite, e comunque entro confini insuperabili.

Tracce residuali di una tale impostazione si rinvencono *sia* nell'art. 5 della legge n. 30 del 2003, *sia* nel decreto n. 276/2003, in ordine al quale vengono solitamente segnalate almeno quattro disposizioni normative che avrebbero convalidato il riconoscimento di procedure di negoziazione assistita. Ci si riferisce, in particolare: a) all'art. 68, co. 1, ove si stabiliva che i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nella disciplina sul lavoro a progetto *"possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro"*; b) all'art. 75, co. 1, ove l'obiettivo di riduzione del contenzioso attraverso la certificazione del contratto viene riferita ad una tipologia chiusa di contratti, per lo più di nuova foggia o comunque rivisitati (contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale ed a progetto, contratti di associazione in partecipazione, oltre agli appalti ed ai regolamenti di cooperative); c) all'art. 78, co. 4, ove si prefigurano decreti ministeriali contenenti *"codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti ed ai trattamenti economici e normativi"*, codici destinati a recepire *"le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*; d) ed ancora, a quanto prevede il co. 5 dello stesso articolo, a proposito di *"moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro"*. Altrettanto importante è infine il richiamo all'art. 81 che attribuisce alle sedi di certificazione funzioni ulteriori di consulenza ed assistenza effettiva alle parti contrattuali *"sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale, sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti ed alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro"*.

Tali disposizioni normative, che avevano consentito ad una parte della dottrina⁴⁶¹ di individuare nella riforma una svolta decisiva della legislazione del lavoro nella direzione di una maggiore autonomia negoziale, individuale e collettiva, nella determinazione dei rapporti di lavoro e nel corrispondente livello di tutela, sono state sensibilmente rimaneggiate dal recente decreto correttivo in due punti quanto mai decisivi, che riconducono l'originario progetto nella dogmatica tradizionale.

Le modifiche attengono anzitutto alla nuova versione dell'art. 68 (art. 15, decreto cit.), ove si è precisato che nella riconduzione ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei relativi contratti *"i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di*

⁴⁶¹ Cfr. sul punto le considerazioni di E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in DPL, 2002, 527 ss.; e di G. PERONE, ora in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 403 ss.; A. VALLEBONA, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, op cit., 17 ss.

rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo VIII del presente decreto legislativo secondo lo schema dell'art. 2113 del codice civile". Tale norma, che ha inteso riferire la possibilità di rinunzie e transazioni ai diritti derivanti da un rapporto già in essere suscettibile di essere "traghettato" nella fattispecie del contratto di lavoro a progetto, si allinea alla disciplina tradizionale in materia di rinunzie e transazioni che secondo l'opinione prevalente sono ammissibili soltanto con riferimento ai diritti patrimoniali antecedentemente entrati nella sfera soggettiva del lavoratore e come tali disponibili.

Ma altrettanto importante risulta la modifica dell'art. 75 in materia di certificazioni (art. 18 decreto cit.), nella parte in cui ha esteso la possibilità di ricorrere a tale procedura con riguardo alla qualificazione di qualsiasi contratto di lavoro genericamente evocato.

Le due modifiche, intervenute su punti strategici, confermano una volontà legislativa di allinearsi rigorosamente all'impostazione espressa dalla Corte Cost. precludendo così qualunque possibilità di introdurre elementi di articolazione e di elasticità negoziale nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, quand'anche presentassero una matrice difforme – come nel caso del lavoro a progetto – da quella del lavoro subordinato. Inoltre la scelta di applicare la certificazione a qualsiasi contratto di lavoro rompe il nesso di interdipendenza tra l'attività di certificazione e la prefigurazione di contratti innovativi di carattere elastico o flessibile, sostanzialmente devianti dallo schema standardizzato.

Rimane vero il riferimento alla elaborazione di codici di *buone pratiche*, che dovrebbero recepire le indicazioni contenute negli accordi interconfederali e che quindi per tale strada potrebbero considerare esigenze di articolazione della struttura dei contratti di lavoro in relazione a caratteristiche settoriali, territoriali o professionali. Avremmo cioè una sorta di disponibilità collettiva dei modelli negoziali dalle potenzialità oltre modo impegnative. Tuttavia, come giustamente si è rilevato⁴⁶², in mancanza di indicazioni più puntuali, è alquanto improbabile che le parti sindacali possano intraprendere un percorso così accidentato. Per altro verso occorre riconoscere che quella disposizione, che aveva un valore qualificante in un diverso contesto normativo, ha assunto la connotazione di un adempimento meramente burocratico affidato alla competenza del Ministero del lavoro.

All'esito di una tale "conversione", la procedura di certificazione si rivela assolutamente deludente in quanto sproporzionata ed eccedentaria rispetto ai risultati che si possono concretamente conseguire e di scarso interesse per le stesse parti negoziali in una valutazione complessiva costi/benefici.

Restano vero alcuni effetti utilitaristici di carattere transitorio, vincolanti per le parti e per i soggetti terzi, individuabili essenzialmente negli enti previdenziali e fiscali. Tuttavia, a parte la temporaneità di tale efficacia, i rapporti restano permanentemente esposti al rischio di un'azione invalidante di provenienza giudiziaria che può in qualsiasi momento ribaltare l'esito della certificazione.

⁴⁶² E. GRAGNOLI, *Interpretazione e certificazione dei contratti*, in RGL, 2004, I, 543 ss.; M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in AA.Vv., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. CURZIO, Bari, 2004, 428; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DLRI, 2004, n. 102.

A questo punto occorre convenire con l'opinione espressa da alcuni attenti commentatori⁴⁶³ che l'accettazione delle premesse concettuali innanzi evidenziate sulla indisponibilità del tipo negoziale rendono alquanto discutibile, se non addirittura sospetta di incostituzionalità, persino la possibilità di sospendere *medio tempore* le iniziative stragiudiziali e giudiziarie da parte degli enti previdenziali volti al recupero contributivo in relazione alla fattispecie lavorativa concretamente riscontrabile nella indagine ispettiva.

9. La disciplina e gli effetti della certificazione

Si trascurano i profili esegetici della normativa in materia di certificazione puntualmente esaminati in numerose e recenti analisi dai risultati alquanto convergenti. Il punto di maggiore attenzione rimane concentrato sulla verifica giudiziaria, la quale com'è noto può essere esperita *sia* per accertare l'errata qualificazione degli organi di certificazione *sia* per far valere la difformità tra quanto certificato e la situazione effettivamente registratasi nella fase attuativa (con efficacia in un caso *ex tunc* e nell'altro *ex nunc*). Entrambe le ipotesi lasciano aperta una indagine particolarmente ampia all'autorità giudiziaria che non solo potrà concentrarsi sull'attività esperita dagli organi di certificazione e sul conclusivo atto amministrativo di certificazione⁴⁶⁴, ma anche sull'atto negoziale autonomamente predisposto dalle parti, il quale non è in alcun modo suscettibile di resistere alla prova di effettività. E piuttosto deve rimarcarsi la parallela competenza del giudice amministrativo per quanto concerne la legittimità dell'atto amministrativo autonomamente impugnabile per vizi del procedimento, ovvero per eccesso di potere.

A questo proposito non può farsi a meno di rilevare il dato parossistico di una normativa che volta a semplificare il contenzioso giudiziario sembra abbia costruito le premesse addirittura per complicarlo al punto da fare emergere possibili conflitti di giurisdizione che, com'è noto, sono paralizzanti e difficilmente risolvibili in via definitiva se non in tempi molto posticipati.

Da quanto sin qui rilevato, ne deriva un giudizio lapidario sull'istituto della certificazione, di ampia condivisione⁴⁶⁵, nei termini che la relativa procedura difficilmente potrà assolvere al ruolo prefissato dal legislatore di favorire cioè una deflazione del contenzioso del lavoro in materia di qualificazione dei contratti giacché mancano le premesse sostanziali affinché un'operazione di questo genere possa essere ragionevolmente condotta.

D'altro canto qui occorre censurare l'indebita commistione di una questione di carattere funzionale, relativa alla dilatazione del contenzioso ed all'abuso del processo del lavoro, con una delicata questione di carattere sostanziale relativa alla qualificazione dei rapporti, che induce piuttosto ad interrogarsi sulle ragioni che comportano pratiche elusive ed evasive così diffuse.

⁴⁶³ A. GUADAGNINO, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, in RGL, 2004, 1, 575; *Id.*, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportata*, in RDIL, 2003, 1, 314, spec. 318 ss.; L. DE ANGELIS, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, Relazione al ciclo di Seminari su *La recente riforma del mercato del lavoro*, Milano, 10 febbraio 2004; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DLRI 2004, n. 102; *Id.*, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in MGL, 2003, 110 ss.; *Id.*, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in GDLRI, 2004, 220.

⁴⁶⁴ Così E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 277; nonché L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario coordinato da M. PEDRAZZOLI, Bologna, 2004, 915; *Id.*, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DLRI 2004, n. 102.

⁴⁶⁵ A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in LG, 2004, 441; E. GRAGNOLI, *Interpretazione e certificazione dei contratti*, op. cit., spec. 569 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, op. cit.; più possibilista G. PERONE, *Certificazione e tecniche*, op. cit.

Sotto altro profilo non sembra affatto convincente l'opzione culturale di partire per una semplificazione del contenzioso del lavoro dalla parte più sismica della materia lavoristica immaginando la possibilità di trasferire la competenza in tema di qualificazione dei contratti da organi qualificati ed autorevoli, ampiamente collaudati, quali i giudici del lavoro, a soggetti burocratici, semmai pieni di buona volontà, ma che sino ad ora hanno fornito prove alquanto deludenti.

La verità è che ci si trova di fronte ad una riforma deviata se non abortita, *in parte* per una insufficiente regolamentazione, *in parte* perché condizionata da un sovraccarico ideologico che non si è avuto la capacità ed il coraggio di affrontare nella sua effettiva portata.

Un giudizio in parte diverso potrebbe esprimersi nei confronti delle altre materie oggetto di certificazione, che ad una prima impressione si presentano parzialmente eccentriche rispetto allo schema tipo sin qui considerato: ci si riferisce in particolare alle procedure di certificazione che attengono al regolamento interno delle cooperative (art. 83, D.Lgs. n. 276/2003) ed a quelle utilizzabili in sede di stipulazione dei contratti di appalto (art. 84, co. 1) *“anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro ed appalto”*: in un caso perché si tratta di avallare un regolamento di carattere generale ed astratto destinato a disciplinare l'attività delle cooperative, in un altro caso perché il soggetto certificatore interviene in una relazione di carattere commerciale tra soggetti imprenditoriali ove sembrano più ampi i margini di negoziabilità.

Ma a ben vedere l'istituto della certificazione finisce per insistere su una problematica sostanzialmente omogenea ed è come tale vincolata dalla imperatività della disciplina lavoristica *sia* per quanto attiene la qualificazione della fattispecie, *sia* con riferimento alla titolarità o imputabilità dei relativi rapporti negoziali.

A questo riguardo affiorano anche qui tracce di un originario progetto riformatore che, ancorché discutibile, aveva una sua coerenza di fondo e trovava il suo asse portante in una rimeditazione dei due cardini su cui è fondato l'assetto giuridico lavoristico – la qualificazione dei rapporti e l'imputazione soggettiva degli stessi – ma deve convenirsi che tale disegno è rimasto del tutto irrealizzato su entrambi i profili. Tanto più a seguito delle recenti “correzioni” in materia di appalti, che ripropongono una fattispecie generale di divieto di intermediazione di manodopera (salve le ipotesi espressamente disciplinate), e quindi convalidano una concezione preminente del modello di lavoro subordinato come definito nell'art. 2094 del codice civile.

10. Gli strumenti di deflazione del contenzioso

Tutto ciò ripropone la problematica più volte analizzata e sviscerata sotto i più diversi profili sulla drammatica crisi del processo del lavoro e sui possibili rimedi.

Senza avere la pretesa – che sarebbe del tutto inadeguata in questa sede – di ricostruire i vari fattori critici del processo e le condizioni socio-economiche che hanno determinato un'incontenibile lievitazione della conflittualità giudiziaria scaricando sul processo problemi di emergenza sociale, è consentito qui appena soffermarsi sulle varie soluzioni che l'ordinamento giuridico ha apprestato in questi anni per trarne un primo approssimativo bilancio.

Ebbene, ad una valutazione di sintesi può dirsi che il legislatore è intervenuto sostanzialmente attraverso la valorizzazione di due istituti contigui, vale a dire la *conciliazione* e l'*arbitrato*, che avrebbero dovuto rappresentare delle sedi alternative di definizione del contenzioso ed addirittura delle opportunità di prevenzione della litigiosità giudiziaria. In questa prospettiva il

legislatore ha reso obbligatorio il tentativo di conciliazione dinanzi alla Direzione Provinciale del Lavoro (art. 410 c.p.c.), ed è intervenuto in particolare sulla regolamentazione di tale istituto nel settore del pubblico impiego (con i decreti n. 80 e n. 386 del 1998), cercando di renderlo effettivo e credibile attraverso un confronto ravvicinato delle posizioni delle parti. Allo stesso tempo il legislatore ha provato a rilanciare l'arbitrato (v. art. 412 *ter* e *quater* c.p.c.) intervenendo su alcuni vincoli paralizzanti introdotti dall'art. 5, L. n. 533/1973 (di essi sono stati abrogati i commi secondo e terzo), ed in particolare riducendo i motivi di impugnazione per violazione di legge e di contratto collettivo⁴⁶⁶. Mentre un peso del tutto marginale ha invece assunto l'accertamento pregiudiziale volto a favorire l'interpretazione autentica delle clausole dei contratti collettivi del settore pubblico introdotto sempre con la riforma del pubblico impiego (v. in part. art. 64, D.Lgs. 30.3.2001, n. 165).

Senonché i risultati conseguiti con le richiamate innovazioni non sembrano affatto apprezzabili, non solo per il carattere settoriale delle stesse, quanto principalmente per lo spirito con il quale sono state recepite dagli operatori pratici, i quali hanno mostrato una scarsa sensibilità ad adattarsi alle novità ed una totale mancanza di fiducia nell'attività conciliativa espletata dai funzionari del Ministero del lavoro, oltre ad una aprioristica diffidenza nei confronti delle procedure arbitrali quand'anche promosse e regolamentate dalla contrattazione collettiva⁴⁶⁷.

In continuità con tale impostazione, occorre ora registrare un tentativo ulteriore di rilanciare la conciliazione preventiva nell'ambito dell'attività ispettiva degli organi del Ministero del lavoro attraverso due istituti novellamente regolamentati dal D.Lgs. n. 124/2004, e cioè la *conciliazione monocratica* (art. 11) e la *diffida accertativa* (art. 12)⁴⁶⁸. Si tratta di due procedure alquanto originali e complesse, che perseguono la finalità di stimolare, con atti palesemente intimidatori, una definizione conciliativa delle eventuali controversie di lavoro in tutti quei casi in cui emergano possibili ambiti di inadempimento da parte del datore di lavoro (segnatamente per i riflessi sul piano contributivo). Tuttavia, se è vero che tali procedure potrebbero effettivamente incidere su un settore neppure trascurabile del contenzioso del lavoro, è anche indiscutibile che i predetti rimedi presentano una intrinseca ambivalenza di fondo, nel senso che *da una parte* potrebbero eliminare il substrato sostanziale che alimenta un settore della conflittualità in materia, facendo emergere preventivamente aree di elusione e di illegalità, *da un'altra parte* possono rappresentare l'occasione di un nuovo contenzioso, del tutto supplementare, determinato dalla necessità di ostacolare queste procedure accertative ed ispettive concepite in modo sin troppo sommario sino a far affiorare attendibili sospetti di incostituzionalità⁴⁶⁹. Il che conferma, ancora una volta, una sorta di idiosincrasia della legislazione del lavoro e dei principi sui quali risulta fondato rispetto a pratiche negoziali e stragiudiziali di deflazione della conflittualità, che, nonostante tutti gli sforzi, restano ai margini dell'azione giudiziaria.

⁴⁶⁶ Su queste innovazioni v. per tutti M. GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in *ADL*, 2000, 587-593; C. CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico e privato*, in *MGL*, 1999, 182-183; L. SALVANESCHI, *Il nuovo arbitrato in materia di lavoro*, in *RDPC*, 1999, 5; G. LOY (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova, 2000.

⁴⁶⁷ Per un'opinione diversa v. P. MATTEINI, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1988: è stato proprio un fallimento?*, in *LD*, 2002, 657 ss.

⁴⁶⁸ Per un primo commento "a caldo", v. C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI, *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Milano, 2004.

⁴⁶⁹ A. VALLEBONA, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *MGL*, 2004, 644.

11. Evoluzioni di diritto sostanziale e riflessi processuali

L'analisi sin qui compiuta induce a concludere che non sono percorribili delle mere "scorciatoie" per realizzare una effettiva semplificazione dell'attività di qualificazione dei contratti, né sono opportuni interventi settoriali e parziali finalizzati a ridurre una parte del contenzioso lavoristico, ché anzi rischiano di aggravare la difficile situazione unanimemente deprecata. Ciò tanto più è vero allorquando si presentano situazioni tecniche distoniche con l'assetto giuridico delle relazioni di lavoro e si immagina di conciliare modelli regolamentari in realtà collidenti.

In una visione più ampia dei mezzi di riqualificazione del contenzioso del lavoro, rimane a nostro avviso centrale ed imprescindibile il ruolo del giudice del lavoro e restano qualificanti i principi di chiovendiana memoria che hanno ispirato la riforma del processo negli anni '70, che almeno per un decennio ha dato risultati eccellenti venendo a costituire un modello esemplare di una tutela differenziata e qualificata delle parti più deboli implicate nei processi produttivi, e persino una fonte di ispirazione delle successive riforme processuali. Ciò a smentita di coloro i quali ritengono che termini concentrati di trattazione delle cause ed un articolato regime di decadenze sarebbero inconciliabili con la necessità delle parti processuali di adeguare progressivamente le rispettive difese per poi approdare ad una decisione meditata da parte dell'organo giudicante⁴⁷⁰.

Indubbiamente le dimensioni elefantache del contenzioso del lavoro, specie in alcune aree geografiche, non sono addebitabili (almeno in via principale) a disfunzioni interne al processo, e tuttavia ciò non può costituire un alibi per evitare di impegnarsi a rendere più efficiente la trattazione delle cause responsabilizzando anzitutto le parti processuali e gli operatori del settore e contrastando tutte le operazioni dilatorie da qualsiasi parte provengano e per qualsiasi ragione siano concepite.

È vero altresì che molti aggiustamenti potrebbero già realizzarsi sul piano organizzativo e regolamentare seguendo le esperienze esemplari di alcune sedi giudiziarie che registrano tempi processuali indubbiamente più tollerabili in virtù di alcuni accorgimenti di natura tecnico-organizzativa: riunione dei procedimenti connessi, concentrazione delle cause seriali su alcuni giudici, definizione di corsie preferenziali per le cause dai contenuti più delicati, interventi conciliativi semmai *praeter legem* da parte dei dirigenti di sezione, valorizzazione della funzione nomofilattica della Suprema Corte, etc.

Ciò nondimeno è indubitabile che nella pratica giudiziaria dell'ultimo decennio siano emerse esigenze di tutela diverse ed additive rispetto a quelle considerate dalla legislazione degli anni precedenti: in particolare connesse alla rimodulazione delle tutele ed alla dilatazione dei soggetti che insistono sul processo del lavoro; alla diffusione delle cause seriali per ragioni compensative dei periodici blocchi salariali; alla necessità di riconsiderare le controversie collettive di interpretazione dei contratti e lo stesso ruolo "sbiadito" delle assicurazioni sindacali nel processo; alla interazione qualitativa e quantitativa delle controversie del settore privato con quelle del settore pubblico; alla funzione, sotto molti profili surrogatoria, del contenzioso previdenziale.

Rispetto ad uno scenario problematico così ampio e frastagliato, appena evocato, un istituto come quello della certificazione nella qualificazione dei contratti può apparire oggettivamente estemporaneo, accademico, e forse persino velleitario, tanto più allorquando viene trapiantato

⁴⁷⁰ D. BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in LPA, 2002, 814 ss.

su un tessuto normativo che gli è naturalmente ostile e che esprime una spontanea reazione di rigetto, almeno sino a quando non saranno adeguatamente approfondite le basi concettuali su cui un tale istituto può radicarsi.

Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle *Information communication technology*?*

Valeria Nuzzo

1. L'organizzazione del lavoro nelle ICT: un settore duale	136
2. I diversi sottotipi del contratto di lavoro intermittente e le professionalità interessate.	137
3. Le prestazioni intermittenti e le possibilità di utilizzazione della fattispecie nelle ICT.	139
4. Conclusioni	144

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 31/2005

1. L'organizzazione del lavoro nelle ICT: un settore duale

La crescente domanda di flessibilità che investe ormai l'organizzazione del lavoro nel suo complesso è ancora di più immediata evidenza nel settore delle *Information communication technology* (ICT), caratterizzato dalla continua e repentina evoluzione delle tecnologie e dalla necessità di una conseguente gestione dinamica dei rapporti di lavoro e delle specifiche competenze, che consenta di adeguare la composizione dell'organico allo sviluppo dei mercati⁴⁷¹.

In questo settore, più che in altri, la ricerca di forme flessibili di impiego ispira le politiche di gestione del personale, le quali, anche all'interno dei rapporti di lavoro cd. *standard*, sono orientate da esigenze di mobilità (spaziale e temporale) dei lavoratori e di valorizzazione delle competenze lavorative. Si registra, infatti, accanto alla forte domanda di flessibilità nell'utilizzazione e gestione delle risorse umane, un'altrettanto elevata domanda di "conoscenza", bene che permette di dominare la continua evoluzione tecnologica e che, quindi, è necessario al mantenimento della competitività sui mercati⁴⁷². La domanda di conoscenza si concretizza, da un lato, nella ricerca di personale con qualifiche elevate, dall'altro, nell'attivazione di un costante investimento in attività di formazione.

Proprio l'intenso bisogno di professionalità specifiche conferisce al mercato del lavoro nelle ICT un aspetto duale: da un lato, infatti, l'esigenza di flessibilizzazione della prestazione lavorativa si esprime attraverso un massiccio ricorso a prestazioni che escono dallo schema del lavoro subordinato, come le collaborazioni e i servizi di *outsourcing*⁴⁷³; dall'altro, la contemporanea esigenza di avere a disposizione personale formato e altamente qualificato, in grado di rispondere ai bisogni culturali, tecnici e professionali del settore, spinge ad una rivalutazione del contratto di lavoro subordinato e, addirittura, all'utilizzo di mirate strategie di fidelizzazione dei dipendenti, realizzate attraverso tecniche retributive incentivanti, patti di stabilità con compenso legato alla permanenza in azienda o patti di non concorrenza volti a disincentivare la fuoriuscita di professionalità.

Doppio, di conseguenza, è l'obiettivo che le ICT devono realizzare: adottare tipologie di lavoro connesse alla variabilità dei progetti che l'azienda intenda realizzare in risposta alle mutevoli e imprevedibili esigenze di mercato nonché trovare risorse professionali adeguate alla realizzazione di quei progetti e trattenerle in azienda.

Tale dualità si accentua, naturalmente, con riferimento alla professionalità delle singole prestazioni. Se, infatti, nel caso di competenze elevate (i cd. *Power users*) le prospettive occupazionali sono molto favorevoli ed anzi, di fronte alle difficoltà connesse alla ricerca di tale personale, prevale l'esigenza di trattenerlo in azienda, con riferimento alle basse professionalità (si pensi in

⁴⁷¹ Il tema del lavoro nel settore delle ICT ha sinora trovato un limitato riscontro nella dottrina giuslavoristica. Le prime analisi risalgono alla metà degli anni ottanta: v. Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1985; AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro. Atti delle giornate Aidlass Napoli 1985*, Giuffrè, Milano, 1986. Per un'analisi più attuale v. Biagi, Treu, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, in *DRI*, 2002, 5. Recentemente, anche se con specifico riferimento alle problematiche in tema di orario di lavoro, Quaranta, *Information communication technology e orario di lavoro: flessibilità e controllo sindacale*, in *DRI*, 2004, 525.

⁴⁷² Cfr. Federcomin, Anasin, Assinform, *Occupazione e formazione nell'ICT*, Roma, 2004; Anasin, *ICT: un mondo di competenze*, Roma, 2003; Federcomin, *Occupazione e Formazione nella Net economy*, Roma, 2002. V. anche la Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee, *Strategie dell'occupazione nella società dell'informazione*, Bruxelles, 2000.

⁴⁷³ Federcomin, *Il lavoro nelle nuove tecnologie*, Roma, 2002.

particolare all'alto numero di assunti nei *call centers*) l'interesse di gran lunga prevalente è quello della riduzione del costo del lavoro e, dunque, della scelta di tipologie contrattuali adeguate alla realizzazione di tale risultato. Riduzione del costo del lavoro vuol dire, principalmente, riduzione dei costi in uscita per garantire alle aziende operanti nel settore ICT elevati livelli di reversibilità. Gli imprevedibili mutamenti che si producono nel campo delle nuove tecnologie impongono, infatti, l'adozione di modelli organizzativi capaci di rispondere con rapidità alle fluttuazioni e ai cambiamenti che si producono nel mercato: la velocità nell'adeguarsi alla novità, all'imprevedibilità, diventa, in questo settore più che altrove, un importante fattore di competitività.

Avendo chiare queste esigenze, si può quindi valutare se nelle ICT la moltiplicazione delle modalità di utilizzazione del lavoro introdotta dal d. lgs. n. 276/03 abbia creato nuove opportunità di impiego idonee ad accrescere la competitività delle aziende.

Naturalmente bisogna distinguere tra le diverse forme contrattuali.

Se, ad un primo sguardo, sembra evidente che il lavoro a progetto o il *part time* costituiscano le tipologie più appetibili e ricercate (come dimostrano anche i rapporti della Federcomin⁴⁷⁴), l'interesse verso il lavoro intermittente varia in relazione alle diverse sottotipologie in cui esso può realizzarsi. Se, infatti, il contratto in esame rappresenta un'opportunità di articolazione estremamente flessibile del tempo di lavoro, astrattamente in linea con le esigenze di flessibilizzazione nell'organizzazione dei tempi lavorativi proprie delle aziende ICT, tuttavia dall'esame della disciplina dell'istituto emergono tre possibili varianti del contratto stesso, volte a soddisfare differenti esigenze di utilizzazione delle prestazioni lavorative. L'analisi che si propone, dunque, deve necessariamente partire dall'individuazione di tali esigenze.

2. I diversi sottotipi del contratto di lavoro intermittente e le professionalità interessate.

L'art. 33 del D. lgs. 276/2003 definisce il lavoro intermittente come "il contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa" per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente.

Se questa è la definizione generale, dalla disciplina del contratto contenuta negli articoli successivi emerge come esistano due diverse sotto-tipologie di lavoro intermittente⁴⁷⁵: una prima in cui il lavoratore si obbliga a rispondere all'eventuale chiamata del datore di lavoro e per questa ragione ha diritto, durante il periodo di attesa, ad una indennità di disponibilità, ed una seconda in cui tale obbligo non è pattuito, con la conseguenza che il lavoratore è *ab initio* libero di non rispondere positivamente alla richiesta datoriale e il datore non è obbligato al pagamento di alcuna indennità.

In realtà a questi due sottotipi si affiancherebbe un'ulteriore variante, prevista dall'art. 37, in cui all'obbligo del lavoratore di "essere a disposizione" del datore non corrisponderebbe l'obbligo di quest'ultimo al pagamento dell'indennità, se non in caso di effettiva chiamata, e ciò solo perché

⁴⁷⁴ V. i rapporti già citati nelle note 2 e 3.

⁴⁷⁵ *Contra*, nel senso della ricostruzione di una fattispecie unitaria, v. Bavaro, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Bologna, 2004, 216; Gottardi, *Lavoro intermittente*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 471.

la disponibilità è limitata a specifici e predeterminati periodi dell'anno (ovvero il fine settimana, le ferie estive, le vacanze natalizie e pasquali).

Non è questa la sede per ripercorrere l'ampio e interessante dibattito dottrinale circa la qualificazione dei diversi sottotipi di lavoro intermittente⁴⁷⁶. Preme invece sottolineare le caratteristiche di ciascun sottotipo per verificare *pro* e *contro* dell'eventuale ricorso a tale contratto nelle ICT. La convenienza nella scelta della tipologia varia, infatti, da sottotipo a sottotipo.

Nella prima ipotesi, quella del lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata, si consente al datore di disporre di manodopera nel momento esatto in cui serve, soddisfacendo le esigenze temporanee e flessibili di utilizzo della prestazione lavorativa. Così strutturato, il contratto di lavoro intermittente rappresenta una valida e più veloce alternativa alla stipula di una pluralità di contratti a termine di breve durata, svincolando il datore dalla verifica della sussistenza delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine nonché dall'osservanza delle rigidità previste dal d. lgs. n. 368/2001 in materia di proroga, ma grava il datore di lavoro del costo della disponibilità del dipendente, che deve essere retribuita con una indennità.

Si intuisce, di conseguenza, che tale tipologia di contratto susciterà l'interesse dell'impresa solo con riferimento ad alte o specifiche qualifiche professionali: la disponibilità di una manodopera specializzata nonché l'assicurazione che essa sia pronta ad adempiere giustificerebbero, infatti, il costo del pagamento dell'indennità di disponibilità.

La *ratio* è la stessa della previsione che, già prima della riforma del mercato del lavoro, attribuiva all'Agenzia di lavoro interinale la possibilità di assumere il prestatore, oltre che con un contratto di lavoro a termine coincidente con la missione, anche con quello a tempo indeterminato, in cui il maggior costo derivante dal pagamento di un'indennità di disponibilità è compensato dal vantaggio di avere a disposizione particolari professionalità facilmente collocabili nel mercato.

Nella seconda ipotesi, ovvero in quella del contratto di lavoro intermittente senza obbligo di rispondere alla chiamata, mancando la certezza della disponibilità del lavoratore, viene meno l'interesse datoriale, sotteso al primo sottotipo, di assicurarsi una specifica professionalità: la fattispecie, in tale variante, sembra così finalizzata solamente ad avere la disponibilità (non del prestatore ma) di una mera lista di persone già selezionate, da contattare ("a scorrimento") al momento della manifestazione del bisogno.

Il vantaggio nell'utilizzo di tale strumento appare abbastanza limitato per entrambe le parti: l'imprenditore non può contare sulla disponibilità di alcuna delle persone selezionate (rischiando addirittura di dover ripetere la selezione del personale al momento concreto della necessità dell'assunzione); il lavoratore, d'altra parte, diventa titolare di un "non contratto di lavoro"⁴⁷⁷, non

⁴⁷⁶ V. Mattarolo, *Commentario artt. 33-60*, in *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, III, 2004, Ipsoa, Milano, 3; Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, 2004, Cacucci, Bari, 237; Pinto, *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Collana formazione ISF, 2004, Ediesse, Roma, 68; Perulli, *Il lavoro intermittente*, in Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, 2004, Torino, Giappichelli, 133.

⁴⁷⁷ Con ciò non si intende parlare, in generale, di un non contratto, ma, più semplicemente, si rileva come non si tratterebbe di un contratto di lavoro (mancando la causa tipica di esso) ma di un contratto normativo, così come qualificato da un orientamento maggioritario in dottrina (v. Mattarolo, *Commentario artt. 33-60*, cit., 216; Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, cit., 237; Pinto, *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 68).

sapendo se, quando e come lavorerà.

L'ultima variante di lavoro intermittente, quello per periodi predeterminati, è invece lo strumento più vantaggioso che il legislatore ha predisposto per le imprese, unendo i vantaggi potenziali delle due tipologie precedenti. In questo caso, infatti, il datore ha la possibilità di vincolare il prestatore all'obbligo di disponibilità ex art. 36, ma, in virtù del fatto che l'eventuale periodo di esecuzione della prestazione è contrattualmente predeterminato (e quindi la disponibilità è temporalmente limitata), il datore non è tenuto al pagamento dell'indennità, se non nei casi di effettiva chiamata.

In verità i periodi cui la norma fa riferimento, seppur predeterminati, sono di un'ampiezza tale da far venir meno la sensazione di un'effettiva predeterminazione. La circolare ministeriale n. 4 del 3 febbraio 2005 precisa, infatti che: a) per *week end* deve intendersi "il periodo che va dal venerdì pomeriggio, dopo le 13.00, fino alle 6.00 del lunedì mattina"; b) per *vacanze natalizie*, "il periodo che va dal 1° dicembre al 10 gennaio"; c) per *vacanze pasquali*, "il periodo che va dalla domenica delle Palme al martedì successivo il lunedì dell'Angelo"; d) per *ferie estive*, "i giorni compresi dal 1° giugno al 30 settembre". Tale estensione degli effettivi periodi di vacanza consente all'impresa di avere la disponibilità (non pagata) di un lavoratore per 172 giorni all'anno più tutti i *week end* (e cioè circa altri 130 gg.), per un totale, eliminando i giorni di sovrapposizione tra feste e *week end*, di circa 242 gg. all'anno, praticamente gli stessi di un "normale" rapporto di lavoro a tempo pieno!

Questa forma di lavoro potrebbe dunque essere quella oggetto di maggior diffusione nella misura in cui si rivolgerà a lavoratori poco qualificati (e quindi con scarso potere contrattuale) per sopperire ad esigenze temporanee dell'impresa. Solo la difficoltà di trovare un'occupazione può, infatti, indurre un lavoratore ad obbligarci ad essere disponibile in giorni festivi senza neppure un corrispettivo, anche minimo.

Resta tuttavia da verificare la reale convenienza dell'istituto rispetto ad altre forme flessibili di impiego, come il contratto a termine, il *part time* cd. elastico o la somministrazione. Se rispetto a quest'ultima il vantaggio è nel minor costo (in quanto si elimina l'Agenzia), qualche dubbio emerge con riferimento alle altre due tipologie, in considerazione della disposizione che impone il pagamento dell'indennità in caso di effettiva chiamata del lavoratore. Ciò vuol dire che nel momento in cui il datore utilizza la prestazione deve corrispondere al lavoratore, oltre alla retribuzione, anche l'indennità per gli eventuali periodi di attesa, circostanza che sicuramente potrà incidere sulla convenienza della scelta del contratto.

Esaminate le diverse forme di lavoro intermittente e le rispettive convenienze, restano da analizzare i casi in cui il legislatore legittima il ricorso alla tipologia in esame.

3. Le prestazioni intermittenti e le possibilità di utilizzazione della fattispecie nelle ICT.

L'art. 33 del decreto, nel definire il contratto di lavoro intermittente, rinvia alla norma successiva per l'individuazione delle causali che ne consentono la stipulazione. In particolare, l'art. 34, chiarito che la prestazione deve essere utilizzata "per lo svolgimento di prestazioni discontinue o intermittenti", individua due tipi di causali, l'una oggettiva, legata alle esigenze aziendali, l'altra soggettiva, in considerazione cioè di particolari requisiti del lavoratore.

Partendo dalle ragioni oggettive, la norma chiede che il contratto di lavoro intermittente sia concluso "per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente secondo le

esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”.

Alla contrattazione collettiva è così attribuito un ruolo importantissimo, quello di autorizzare l’istituto attraverso l’individuazione delle ipotesi in cui è possibile farvi ricorso.

Dalla lettera della norma emerge, però, che l’intervento della contrattazione è limitato all’individuazione delle “esigenze” aziendali e non delle “prestazioni” aventi carattere discontinuo o intermittente.

Non volendo immediatamente pensare ad una svista del legislatore nella formulazione della norma, si dovrebbe concludere che evidentemente si è intesa escludere una natura ontologicamente intermittente delle prestazioni lavorative, optando per un’interpretazione secondo cui ogni prestazione potrebbe essere utilizzata secondo modalità intermittenti, purché esistano ragioni aziendali che giustifichino tale modalità di lavoro. E a tal proposito si è sostenuto⁴⁷⁸ che potrebbe richiamarsi quella clausola generale che fa riferimento a “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” già utilizzata dal legislatore nel contratto a termine ed in quello di somministrazione a tempo determinato.

Contro questa soluzione possono sollevarsi due differenti osservazioni.

In primo luogo, essa contrasta con la lettera della legge delega che attribuisce ai contratti collettivi l’individuazione delle prestazioni (e non delle esigenze) dotate di carattere intermittente. Intenzione del legislatore delegante era quindi l’individuazione di specifiche mansioni o tipologie di attività che, in considerazione della loro natura intermittente, legittimassero il ricorso al lavoro a chiamata e ne restringessero il campo di applicazione. In quest’ottica l’aver limitato l’intervento delle parti sociali all’individuazione delle sole esigenze aziendali potrebbe addirittura tradursi nell’illegittimità costituzionale dell’art. 34 del d. lgs. 276/03, in quanto la previsione, ampliando le possibilità di ricorso all’istituto, eccede palesemente i limiti della delega.

Si è così proposto di recuperare un’interpretazione restrittiva, più aderente alla lettera della legge delega, utilizzando il disposto dell’art. 40 del decreto che, con riferimento al meccanismo di “valorizzazione dell’autonomia collettiva”, attribuisce ai contratti collettivi la determinazione dei “casi di ricorso al lavoro intermittente”, così alludendo all’enunciazione di una casistica, e dunque ad un insieme analitico di ipotesi predeterminate⁴⁷⁹.

In secondo luogo, il decreto ministeriale del 22 ottobre 2004, nell’individuare le possibilità di ricorso al lavoro intermittente, richiama non le esigenze aziendali ma il carattere delle prestazioni, e lo fa attraverso un rinvio alle attività che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa e custodia indicate nella tabella allegata al regio decreto 6 dicembre 1923, n. 2657.

Tali osservazioni consentono di proporre una possibile interpretazione volta ad estendere il campo di intervento delle parti sociali.

Si è anticipato che il decreto ministeriale tradisce la lettera del decreto delegato in quanto non individua le ragioni aziendali che giustificherebbero il ricorso ad una prestazione lavorativa secondo modalità intermittenti, ma va ad identificare quelle prestazioni in maniera analitica (anche

⁴⁷⁸ Mattarolo, *Commentario artt. 33-60*, cit., 216; Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in RIDL, 2005, 113.

⁴⁷⁹ Perulli, *Il lavoro intermittente*, cit., 133.

se tramite rinvio), con ciò implicitamente affermando che esistono prestazioni che di per sè presentano i caratteri dell'intermittenza e della discontinuità.

Si deve quindi valutare se il d. lgs. n. 276/03 legittima o meno tale intervento regolamentare.

Se è vero che la legge delega, nella lettera a) dell'art. 4, conferiva alle parti sociali e, in via provvisoriamente sostitutiva, al Ministero del lavoro, l'individuazione delle prestazioni di carattere discontinuo e intermittente, l'art. 34 del decreto delegato sembra aver scelto una diversa strada, rimettendo ai suddetti soggetti l'individuazione delle esigenze aziendali che legittimano il ricorso a prestazioni di lavoro secondo modalità intermittenti.

Con la lettera dell'art. 34 contrasta però, parzialmente, quella dell'art. 40 che affida alle stesse parti (*in primis* ai sindacati, altrimenti, sempre in via provvisoriamente sostitutiva, al Ministro del lavoro) la "determinazione dei casi di ricorso al lavoro intermittente". Dal combinato disposto delle due norme emerge la possibilità di salvare entrambe le interpretazioni possibili: valorizzando la lettera dell'art. 34 si può concludere che tutte le prestazioni possono essere svolte in maniera intermittente purchè esistano ragioni che consentano tale modalità di impiego; al contrario, valorizzando la lettera dell'art. 40 si può sostenere che il legislatore abbia comunque voluto limitare l'utilizzo del lavoro intermittente ai soli specifici casi di prestazioni oggettivamente discontinue o intermittenti.

In questo modo, recuperando la volontà del legislatore delegante di rimettere alle parti sociali l'individuazione delle "prestazioni di carattere discontinuo o intermittente", si supererebbero anche i dubbi di costituzionalità prima prospettati.

L'intervento del decreto ministeriale risulta, quindi, legittimato dalla disposizione dell'art. 40 d. lgs. 276/03.

Dalla lettura di tale norma appare indubbio, inoltre, che l'oggetto del potere regolamentare del Ministro del lavoro coincide con quello riservato all'intervento delle parti sociali. Di conseguenza, se per "casi di lavoro intermittente" il Ministero ha inteso l'identificazione delle prestazioni, allora questo stesso potere è riconosciuto dall'art. 40 in primo luogo ai sindacati, avendo il Ministro il potere di intervenire in materia in via solo provvisoriamente sostitutiva degli stessi.

In altri termini, secondo tale interpretazione, la contrattazione collettiva sarebbe chiamata ad identificare sia, ai sensi dell'art. 34, le esigenze aziendali che consentono l'utilizzo del contratto, sia soprattutto, ex art. 40, le prestazioni di natura intermittente o discontinua.

Ciò rilevato, l'indagine sul decreto ministeriale evidenzia l'esistenza di una palese svista.

Essa riguarda la normativa cui si rinvia.

L'elenco del r.d. n. 2657/1923 individua, infatti, i "lavori discontinui o di attesa o custodia ai quali non si applica la limitazione dell'orario di lavoro", identifica, cioè, lavori in cui il prestatore non svolge con continuità le proprie mansioni, pur trovandosi sul luogo di lavoro, in quanto si tratta di attività poco usuranti, che non richiedono una costante e continuativa applicazione e dunque non necessitano della tutela in tema di limiti all'orario di lavoro. Si intuisce, tuttavia, che sono attività ben diverse da quelle intermittenti cui fa riferimento il d. lgs. 276/03 ai fini della definizione della nuova fattispecie contrattuale, in quanto nell'elenco del regio decreto l'attesa fa parte della prestazione lavorativa, durante l'attesa il dipendente è "al lavoro" e non "a disposizione"

del datore⁴⁸⁰. È indubbio, infatti, che le attività “di attesa” elencate nel regio decreto (il custode, il guardiano, il portinaio, lo stalliere, ecc.) se lavorassero secondo modalità intermittenti “lasce-rebbero sguarnita la postazione nei periodi di non lavoro”⁴⁸¹.

La nozione di lavoro discontinuo richiamata dal decreto ministeriale è dunque inappropriata, in quanto attiene alla disciplina dell'orario di lavoro e alla durata della prestazione e non alla natura della stessa, tuttavia se si ammette che l'art. 40 legittima tale intervento da parte del Ministro allora una grossa perplessità si profila relativamente alla possibilità di utilizzazione dell'istituto al di fuori delle attività elencate nel regio decreto, come, ad esempio, per le professionalità utilizzabili nel settore delle ICT.

Essendo esse completamente estranee ad una regolamentazione emanata nel 1923, si dovrebbe concludere che il rinvio attualmente operato dal decreto ministeriale impedisce di utilizzare il contratto di lavoro intermittente in questo settore.

Un unico dubbio potrebbe prospettarsi con riferimento agli addetti ai *call centers*: tra le attività elencate nella tabella del regio decreto rientrano, infatti, gli “addetti ai centralini telefonici privati”. Si potrebbe così pensare di estendere tale nozione fino a farvi rientrare anche gli addetti ai *call centers*. Sul punto, però, ci sono più perplessità. C'è, infatti, una differenza notevole tra l'attività di centralinista, così come configurata nel 1923, e quella degli attuali *call centers*: la prima ricorda quelle lavoratrici, viste in molti vecchi film, che spostavano i cavetti per smistare le telefonate; i secondi, invece, svolgono prevalentemente attività di consulenza, sono uffici destinati a raccogliere le comunicazioni dei clienti per assisterli nelle loro esigenze ovvero a gestire i rapporti con gli utenti anche ai fini della presentazione (e della vendita) del prodotto o del servizio offerto. Un'interpretazione che faccia coincidere le due ipotesi appare non solo inesatta ma anche palesemente in contrasto con la *ratio* del regio decreto che individua le sole prestazioni di mera attesa, quale erano appunto quelle dei vecchi centralini.

Il mancato riconoscimento della natura discontinua o intermittente per le prestazioni ICT risulta assolutamente paralizzante in quanto non consente la stipulazione del contratto di lavoro “a chiamata” né in presenza delle esigenze aziendali (peraltro comunque non ancora identificate dai contratti collettivi applicati al settore⁴⁸²) né nei casi di sussistenza dei requisiti soggettivi. È indubbio, infatti, che la conclusione di un contratto di lavoro intermittente sia possibile solo nel caso in cui esso abbia ad oggetto prestazioni intermittenti o discontinue, requisiti da interpretarsi o con riferimento alle modalità di espletazione della prestazione lavorativa ovvero in relazione alla natura della stessa. Se si interpreta in questo secondo senso (così come sembra averla intesa il Ministero ex art. 40 d. lgs. n. 276/03), allora lo strumento in esame potrà essere utilizzato solo in presenza di due concorrenti condizioni: a) la prestazione dedotta in contratto deve essere oggettivamente intermittente (deve rientrare cioè tra quelle individuate dalle parti sociali o dal

⁴⁸⁰ Così Mattarolo, *Commentario artt. 33-60*, cit., 216, che, già prima del rinvio operato dal decreto ministeriale al regio decreto, avvertiva come in esso per lavoro discontinuo si intenda “quello nel quale il lavoratore non svolge con continuità le proprie mansioni pur trovandosi sempre sul luogo di lavoro, sia nei momenti di concreta esecuzione delle sue mansioni, sia nei periodi di cosiddetta attesa”. L'esempio efficacemente riportato è quello del lavoro del centralinista, il quale “è discontinuo ma certo non richiede e non può richiedere una chiamata del datore di lavoro ogni volta che arriva la telefonata”.

⁴⁸¹ Così anche Voza, *Il lavoro intermittente dopo il D. lgs. n. 276/2003: decreto correttivo, interventi ministeriali e contrattazione collettiva*, in *LG*, 2005, 7, 605.

⁴⁸² E cioè il contratto Metalmeccanico, quello del Commercio e quello delle Telecomunicazioni.

Ministro del lavoro); b) devono sussistere precise esigenze aziendali ovvero, mancando esse, devono ricorrere specifici requisiti anagrafici dei lavoratori coinvolti.

Se questa è l'interpretazione più aderente al dettato normativo, soprattutto in considerazione dell'intervento ministeriale, non per questo essa è condivisibile. Non esistono, infatti, prestazioni "ontologicamente" intermittenti, ma l'intermittenza o la discontinuità riguardano inevitabilmente le modalità di svolgimento della prestazione. D'altronde gli stessi contratti collettivi, volendo evitare l'errore già fatto dal Ministero, nell'individuazione delle prestazioni oggetto del contratto in esame si troveranno davanti all'impossibilità di elencare attività "in natura" intermittenti, dovendo necessariamente individuare per ogni categoria attività che possono essere svolte secondo tali modalità, con un elenco che probabilmente varierà da categoria a categoria. La natura della prestazione rileva, cioè, nella misura in cui si valuta la sua compatibilità con una possibile utilizzazione intermittente della stessa.

Comunque si voglia interpretare l'art. 40, l'intervento ministeriale autorizza quello delle parti sociali che, anzi, appare necessario ai fini della possibilità di utilizzo del lavoro intermittente nelle ICT: esso, infatti, priverà di efficacia il decreto ministeriale (e con esso i casi cui attualmente rinvia), avendo il decreto stesso, per espressa previsione normativa, un'efficacia provvisoria⁴⁸³.

Solamente la contrattazione collettiva, dunque, potrà aprire la strada all'utilizzo di tale strumento contrattuale nel settore ICT, e lo potrà fare identificando sia le prestazioni che hanno realmente carattere intermittente o discontinuo sia le esigenze aziendali che legittimino l'utilizzo del contratto.

La regolamentazione collettiva dei casi di ricorso al lavoro intermittente consentirà, inoltre, che, anche in assenza delle esigenze aziendali, il contratto di lavoro intermittente potrà essere concluso per "prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età, anche se pensionati".

Si è detto che si tratterebbe di una fattispecie a-causale in quanto le condizioni soggettive del lavoratore giustificerebbero, di per sé, l'impiego del nuovo schema contrattuale flessibile⁴⁸⁴.

L'osservazione è condivisibile solo nella misura in cui l'a-causalità va riferita alla non necessaria sussistenza delle esigenze aziendali. Deve però sempre trattarsi di "prestazioni di carattere discontinuo o intermittente": come già sottolineato, infatti, la lettera dell'art. 40, in combinato disposto con il comma 1 dell'art. 34, consente opportunamente di vincolare l'utilizzo del contratto alle sole attività che, per loro natura, possono essere utilizzate in maniera intermittente. È nell'ambito di tali prestazioni, determinate dalle parti sociali o dal Ministro del Lavoro, che l'esistenza di specifici requisiti soggettivi rende possibile la conclusione di un contratto di lavoro "a chiamata" indipendentemente dalla verifica delle esigenze aziendali.

Sul secondo comma dell'art. 34 il legislatore è recentemente intervenuto con la l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha convertito il c.d. decreto sulla competitività, ampliando le ipotesi di causali soggettive e, di conseguenza, le possibilità di utilizzo della fattispecie in assenza delle specifiche esigenze

⁴⁸³ Voza, *Il lavoro intermittente dopo il D. lgs. n. 276/2003: decreto correttivo, interventi ministeriali e contrattazione collettiva*, cit., 606.

⁴⁸⁴ Cfr. Voza, *Il lavoro intermittente dopo il D. lgs. n. 276/2003: decreto correttivo, interventi ministeriali e contrattazione collettiva*, cit., 606.

aziendali.

A seguito della modifica legislativa non solo viene meno il carattere sperimentale inizialmente previsto per le causali soggettive, ma viene meno, rispetto alla precedente formulazione, la necessità dell'esistenza di un particolare *status* legato all'occupazione (o più precisamente alla non occupazione) dei soggetti da coinvolgere. Per i giovani, infatti, non è più richiesta la sussistenza dello stato di disoccupazione, così come per gli *over 45* non è più necessario che essi siano "stati espulsi dal ciclo produttivo o siano iscritti alle liste di mobilità e di collocamento". Sembra, di conseguenza, che il legislatore abbia individuato nell'età un requisito già sufficiente per indicare la debolezza del soggetto. I dati anagrafici richiamano, infatti, anche se solo parzialmente, quelli fissati dal Regolamento comunitario n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002 sui lavoratori svantaggiati. In particolare secondo la disposizione comunitaria sono lavoratori svantaggiati i giovani di età inferiore a 25 anni nonché le persone con più di 50 anni prive di un posto di lavoro o in procinto di perderlo.

La formulazione della norma interna suscita almeno due osservazioni. La prima attinente all'opportunità di consentire il ricorso ad una tipologia così flessibile per lavoratori socialmente deboli (e quindi con minor potere contrattuale), con il rischio che essa si tramuti in forme di sfruttamento legalizzato. La seconda sull'opportunità di estendere ulteriormente i confini previsti dal regolamento comunitario, soprattutto nella misura in cui si insinua la pericolosa sensazione che un lavoratore che abbia compiuto 45 anni di età sia, per ciò stesso, un soggetto che ha difficoltà ad entrare e a restare nel mercato del lavoro.

Resta, infine, da analizzare la possibilità di ricorso all'ulteriore fattispecie di lavoro intermittente, quella conclusa per particolari e predeterminati periodi dell'anno.

Anche in tal caso possono ripetersi le conclusioni già fatte per le ipotesi di causali soggettive: il sottotipo, cioè, è utilizzabile in assenza delle esigenze aziendali previste dalle parti sociali ma, comunque, nell'ambito dei "casi di ricorso al lavoro intermittente" determinati, ex art. 40, dalle parti sociali o dal Ministro del lavoro, e, quindi, attualmente solo per le prestazioni di attesa o custodia elencate nel regio decreto 6 dicembre 1923, n. 2657.

4. Conclusioni

Nel tentativo di rispondere alla domanda posta in partenza in merito alla verifica delle opportunità che l'introduzione del lavoro intermittente ha creato per le aziende ICT, non si può che concludere rilevando l'attuale impossibilità di utilizzazione del contratto di lavoro intermittente in tale settore.

L'intervento del Ministro del lavoro limita, infatti, l'operatività della tipologia contrattuale alle sole prestazioni "di attesa e custodia" elencate nel regio decreto n. 2657/1923, elenco nell'ambito del quale non si rinvencono professionalità utilizzabili nelle ICT e in cui, comunque, rientrano attività per le quali è concretamente in dubbio la stessa compatibilità con il contratto di lavoro intermittente, sia dentro che fuori il settore ICT.

L'auspicato intervento delle parti sociali, che priverebbe di efficacia il decreto ministeriale aprendo così la strada alla possibilità di utilizzo del contratto, tarda ad arrivare, ed anzi gli stessi sindacati appaiono poco interessati a regolamentare la materia, tanto che viene da chiedersi se il loro mancato intervento non sia frutto di una scelta cosciente, dettata dalla consapevolezza delle

scarse opportunità occupazionali legate all'introduzione dell'istituto nonché alla preoccupazione delle possibili forme di sfruttamento che da esso potrebbero derivare.

In effetti nel settore delle ICT entrambe le preoccupazioni hanno un loro fondamento.

Si è anticipato che il mercato del lavoro nelle ICT presenta una struttura fortemente duale, apparendo diviso tra basse ed elevate professionalità.

Partendo da queste ultime, è innegabile che il mercato delle nuove tecnologie abbia bisogno di *skills* specifiche e che le aziende incontrano notevoli difficoltà nel trovare tali professionalità e nel trattenerle in azienda. Nei confronti di lavoratori altamente qualificati il contratto di lavoro subordinato rappresenta il migliore strumento per la soddisfazione delle esigenze aziendali: esso dà all'impresa l'utilizzazione esclusiva della prestazione lavorativa, la garanzia della continuità della prestazione e dunque della tutela degli investimenti formativi necessari, obbliga il lavoratore alla "fedeltà", e, in virtù di specifici meccanismi contrattuali, lo rende sempre disponibile, anche oltre l'orario di lavoro. Il contratto collettivo delle telecomunicazioni disciplina, ad esempio, la reperibilità, istituito mediante il quale il lavoratore "è a disposizione dell'azienda per assicurare, secondo un programma dalla stessa predisposto, la continuità dei servizi, la funzionalità degli impianti e il presidio del mercato di riferimento"⁴⁸⁵.

In questo contesto il contratto di lavoro intermittente appare di scarso interesse per l'azienda, se non tutt'al più nella variante con obbligo di risposta alla chiamata datoriale. Ammesso però che lavoratori altamente qualificati, e dunque con un elevato potere contrattuale, ritengano conveniente obbligarsi con tale forma di impiego.

La situazione si presenta in termini nettamente diversi per i cd. *generic users* o per i *no users*. Si tratta principalmente degli addetti ai *call centers*, per i quali l'interesse datoriale nella ricerca della tipologia di lavoro utilizzabile è legato esclusivamente alla convenienza economica della fattispecie. Essendo lavoratori dotati di scarso potere contrattuale, il lavoro intermittente potrebbe essere una modalità di accesso all'occupazione nelle sole due varianti che non obbligano l'impresa al pagamento dell'indennità di disponibilità. Si potrebbe così pensare all'utilizzo di tale strumento per le assunzioni nei *call centers* d'estate o durante le vacanze estive o pasquali. Tuttavia, proprio lo scarso potere contrattuale del prestatore dovrebbe indurre le aziende a scegliere tipologie ancora più convenienti, che fuoriescono completamente dallo schema della subordinazione. Basti pensare al risparmio di costi collegato al ricorso al lavoro a progetto, in cui il programma di lavoro può essere facilmente identificato nella promozione del prodotto o del servizio di volta in volta considerato.

In conclusione, all'attuale impossibilità di utilizzare il contratto di lavoro intermittente nelle ICT si accompagna la probabile inopportunità nell'utilizzo dell'istituto, considerazione che induce a pensare come in questo settore (ancora più che in altri) l'intervento legislativo potrebbe rimanere limitato ad un mero esercizio di stile.

⁴⁸⁵ Art. 27 CCNL Telecomunicazioni.

Il lavoro a progetto: ritorno al ... futuro?*

Massimo Pallini

1. Le nozioni codicistiche di lavoro autonomo e lavoro subordinato.	147
2. Le trasformazioni del lavoro autonomo coordinato all'organizzazione dell'impresa.	152
3. Le trasformazioni del lavoro subordinato "responsabilizzato".	155
4. Alla ricerca di un sistema di protezione giuridica per il lavoro personale economicamente dipendente dall'impresa.	156
5. La riforma della c.d. legge Biagi.	160
6. Il lavoro a progetto.	162
7. Le collaborazioni coordinate e continuative non "riconducibili" a progetto.	170
8. Le vecchie collaborazioni coordinate e continuative "superstiti".	173
9. Il "pentimento" del Governo e l'interpretazione riduttiva della riforma.	175
10. Incostituzionalità della riforma dei tipi contrattuali?	178
11. Bibliografia.	182

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 32/2005

1. Le nozioni codicistiche di lavoro autonomo e lavoro subordinato.

La nozione di lavoro subordinato è fondamentale in tutti gli ordinamenti sia di *civil* sia di *common law* per disegnare i confini del diritto del lavoro “classico” [Davies 2000; Supiot 2000; Perulli 2003; Deakin 2004; Fudge, Tucker, Vosko 2004; *infra* in questo volume Vettor]. La capacità definitoria della nozione seleziona i soggetti e i rapporti destinatari della tutela regolativa e protettiva del diritto del lavoro, escludendone per converso i diversi rapporti che – pur avendo a oggetto un’obbligazione di prestazione personale – non vi sono ricompresi.

Il condizionamento esercitato dall’organizzazione taylorista del lavoro della prima industrializzazione sull’enucleazione della nozione moderna di lavoro ha indotto a ravvisare quale elemento tipico del lavoro nell’organizzazione produttiva altrui la soggezione del lavoratore all’*eterodirezione* dell’imprenditore circa le modalità spazio-temporali e esecutive della prestazione [Alleva 2004, 334; Ghera 2003, 50]. L’organizzazione della produzione industriale dei primi del ‘900, basata sull’efficienza ed economicità della parcellizzazione e ripetitività della medesima mansione, infatti, non consentiva neppure di immaginare una prestazione di lavoro integrata nell’organizzazione d’impresa la quale non fosse anche minuziosamente eterodiretta dall’imprenditore o dai suoi preposti. L’area del lavoro autonomo, invece, era senza incertezze socialmente identificata con le professioni liberali e il lavoro artigianale, con quelle attività cioè in grado di offrire al committente un *opus perfectum* espressione compiuta del genio, delle conoscenze e delle abilità personali del prestatore d’opera. Si adattava perfettamente a questa bipartizione del mondo del lavoro la distinzione romanistica tra *locatio operis* e *locatio operarum* [Supiot 2000, 218; Persiani 2005, 1; Ghera 2003, 58; in questo volume Reyneri].

Il libro V del codice civile italiano del 1942 fotografa questa realtà organizzativa nella definizione dei contratti tipici di lavoro e l’ha trasfusa nei caratteri strutturali delle fattispecie del lavoro subordinato e del lavoro autonomo [Persiani 2005, 1; De Feo 2004, 252].

Il titolo II, significativamente intitolato “*del lavoro nell’impresa*”, indica quali “*collaboratori dell’imprenditore*” (sezione II) esclusivamente i prestatori di lavoro subordinato, qualificando in tal modo “... *chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell’impresa prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore*” (art. 2094 cod.civ.)⁴⁸⁶. La *ratio* economica del contratto di lavoro subordinato anche nella formulazione del nostro codice civile è dunque quella rilevata da Ronald Coase negli anni ‘30: assicurare il potere di impiegare il lavoratore con modalità flessibili - per tempo, luogo e mansioni - in via continuativa in seno all’organizzazione produttiva dell’impresa, sollevando così quest’ultima dai costi di transazione e dalle inefficienze negoziali di una perenne contrattazione volta ad adeguare i caratteri della prestazione convenuta al mutare delle esigenze dell’organizzazione [Coase 1937]. È dunque quasi paradossale che la principale accusa oggi mossa al contratto tipico della collaborazione nell’impresa sia proprio quella di una carenza di flessibilità gestionale [Napoli 2004, 597].

Il titolo III dello stesso libro del codice civile, la cui epigrafe recita in modo parimenti significativo

⁴⁸⁶ Cfr. E. Ghera, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in U. Carabelli – B. Veneziani (a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, 2003, Bari, Cacucci, p. 61, il quale sottolinea che “... nella definizione dell’art. 2094 cod.civ. il modello (o tipo sociale-normativo) del prestatore e quindi del contratto di lavoro, non sembra riducibile alla figura del lavoratore eterodiretto ma sia piuttosto da riferire alla figura più ampia, del collaboratore nell’impresa”; nel medesimo senso G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1998, 475 e ss.

“del lavoro autonomo”, indica quali fattispecie tipiche esclusivamente quelle del *“contratto d’opera”* e l’*“esercizio delle professioni intellettuali”*.

Con il primo contratto *“... una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”* (art. 2222 cod.civ.); il corrispettivo è determinato *“... in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo”* (art. 2225 cod.civ.). Non deve trarre in inganno il riferimento alla quantità di lavoro ai fini della determinazione del corrispettivo: l’avverbio *normalmente*, infatti, chiarisce che ciò che rileva non è il tempo effettivamente impiegato dal prestatore, ma quello che si presume secondo dati di comune esperienza debba impiegarsi e che viene prescelto a parametro di quantificazione del corrispettivo, la cui erogazione rimane comunque condizionata al raggiungimento del *risultato*.

La prestazione di opera intellettuale, pur differenziandosi per i requisiti soggettivi di accesso alle professioni e la rilevanza pubblicistica di queste, risponde alla stessa funzione economico-sociale: il professionista è egualmente obbligato all’*“esecuzione dell’opera”* (art. 2232 cod.civ.), il cui compenso deve essere determinato in funzione dell’*“importanza dell’opera”* stessa (art. 2233 cod.civ.). La disciplina codicistica di cui agli artt. 2229 e ss. cod.civ., dunque, caratterizza anche le prestazioni d’opera intellettuale come obbligazioni finalizzate alla realizzazione di un risultato predeterminato in favore del committente. Non è un caso che i tariffari delle professioni intellettuali abbiano sino a oggi disposto la determinazione del compenso esclusivamente *“a prestazione”*, ma mai in funzione del tempo effettivamente impiegato, pur potendo le singole prestazioni concorrere allo svolgimento di un’attività complessiva più ampia che impegni il professionista per un considerevole arco temporale (ad es. la controversia giudiziale, l’intervento chirurgico e le cure della degenza ospedaliera)⁴⁸⁷.

Dal disposto del codice civile si deduce che l’assenza del vincolo della subordinazione non esaurisce i caratteri che perfezionano le ipotesi tipiche disciplinate nel titolo *“del lavoro autonomo”*, si deve anche trattare di obbligazioni finalizzate alla produzione di un risultato predeterminato e *altro* rispetto alla prestazione personale necessaria per ottenerlo. Nell’ipotesi in cui oggetto della prestazione personale non sia la fornitura di un’opera materiale, ma di un servizio che realizzi un risultato fisicamente immateriale, come generalmente accade per le prestazioni dei professionisti intellettuali, il servizio dedotto in obbligazione egualmente non coincide con la sola attività personale prestata per fornirlo. La sussistenza di una tale distinzione tra prestazione e servizio incide strutturalmente sia sulla causa del contratto, sia sulla natura dell’adempimento, sia sulla ripartizione del rischio contrattuale⁴⁸⁸. Nel nostro ordinamento, infatti, rileva sul piano giuridico la

⁴⁸⁷ Cfr. A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, p. 218, che ravvisa proprio in questa diversa natura della prestazione la distinzione storica tra il salario e l’onorario: *“Nel contratto di lavoro è il valore astratto (l’ammontare del salario) che si trova al centro del rapporto giuridico, mentre il risultato concreto del lavoro è relegato all’esterno della sfera dello scambio e rimane unica responsabilità del datore di lavoro dall’inizio alla fine dell’esecuzione del contratto. Al contrario, nell’esercizio di una professione liberale, sono la particolare natura della prestazione resa e la responsabilità del professionista che configurano il rapporto giuridico, mentre il valore commerciale di questa prestazione è lasciata ai margini del rapporto”*.

⁴⁸⁸ Cfr. M. Persiani, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia* in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, p. 21; G. Santoro Passarelli, *La nuova figura del lavoro a progetto*, ibidem, p. 102; G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, cit., pp. 446 e s.; contra A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, Padova, Cedam, p. 725, che ritiene che la previsione del servizio *“... pare ammettere*

distinzione, comunemente operata dalla dottrina nei sistemi di *common law*, tra il *contract of service* e il *contract for service*⁴⁸⁹. Nel primo caso ci si obbliga a porre le proprie prestazioni personali a servizio del creditore, nel secondo, invece, ci si obbliga a fornirgli un servizio finito che soddisfa l'interesse giuridico del creditore soltanto nel momento in cui sia portato a definitivo compimento. È innegabile, ad esempio, la differenza che intercorre tra l'assumere l'obbligazione del trasporto di beni da un luogo a un altro, in cui l'adempimento si perfeziona soltanto se e quando i beni giungono a destinazione, e quella in cui una parte si impegna a noleggiare e a condurre un proprio automezzo per un certo compenso orario in favore della parte committente.

È pur vero che lo stesso art. 2222 cod.civ. precisa che le disposizioni dettate dal Titolo III del libro V circa il lavoro autonomo trovano applicazione "... salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV" e che non si dubita che tutti i contratti tipici ivi disciplinati (l'appalto d'opera e di servizi, la somministrazione, il mandato, l'agenzia, la mediazione, il trasporto, il deposito etc.) possano avere a oggetto una prestazione ad adempimento continuato nel tempo. Al riguardo occorre precisare, però, che detti contratti presuppongono almeno un "nucleo" di imprenditorialità della parte obbligata alla prestazione, e cioè che questa si impegni – come precisa espressamente l'art. 1655 cod.civ. – all' "... organizzazione di beni necessari e con gestione a proprio rischio", anche laddove non eserciti quell'attività "professionalmente" [Ghera 2005, 215 e s.]. Secondo il disposto codicistico, pertanto, qualora l'obbligato si limiti a prestare una collaborazione personale non soggetta a subordinazione, ma senza la fornitura e la predisposizione degli strumenti, delle attrezzature e dei materiali necessari e – soprattutto - senza l'assunzione del rischio contrattuale del raggiungimento di un risultato *altro*, la disciplina dei contratti tipici di cui al libro IV del codice civile può trovare applicazione in via analogica, ma non in via diretta. Né d'altro canto può ritenersi che una tale obbligazione corrisponda alla fattispecie del contratto d'opera giacché, sebbene non soggetta al vincolo di eterodirezione, è priva della finalizzazione al compimento di un'opera o di un servizio⁴⁹⁰. Si tratta piuttosto di un'obbligazione senza alcun dubbio lecita e meritevole di tutela, ma non tipizzata dal codice civile⁴⁹¹.

Il legislatore degli anni '40 sembrerebbe aver ritenuto, per un verso, che l'effettiva organizzazione e gestione dei mezzi escludesse di per sé l'instaurarsi di uno stato di soggezione personale del debitore e, pertanto, che potesse in tal caso consentirsi l'assunzione di obbligazioni ad

l'esistenza di prestazioni aventi ad oggetto una vera e propria attività e non un *opus* determinato, ferma restando l'inapplicabilità in questi casi, di talune norme specifiche che si riferiscono al solo contratto d'opera ad esecuzione istantanea (si pensi ad esempio all'art. 2224 cod.civ.)."

⁴⁸⁹ Cfr. J. Fudge – E. Tucker – L.F. Vosko, *Lavoro subordinato o lavoratore autonomo una ricognizione della rilevanza giuridica della distinzione in Canada*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2004, p. 654; A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cit., pp. 221 e s.

⁴⁹⁰ Cfr. M. Persiani, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, cit., p. 20, il quale rileva che "... le collaborazioni coordinate, nonostante l'affinità, non sono riconducibili al tipo del lavoro autonomo, così come descritto dall'art. 2222 cod.civ."; A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, cit., pp. 724 e s., secondo cui questi tipi contrattuali rientrerebbe a pieno titolo nelle forme in cui si articola il lavoro autonomo irriducibile "... allo schema elementare di cui all'art. 2222 cod.civ., in cui l'*opus* *actu perficitur*".

⁴⁹¹ A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2003, n. 2, I, pp. 221 e s., ravvisa comunque nella epigrafe del libro V "del lavoro autonomo" un ingannevole "... effetto scenografico apprestato dal legislatore del '42" in quanto "Il lavoro autonomo non contempla una fattispecie unitaria, bensì una serie di discipline differenziate che transitano dal contratto d'opera (nelle due versioni manuale e intellettuale) alle varie fattispecie previste nel libro delle obbligazioni, sino a occupare il territorio dell'atipicità negoziale ...".

adempimento continuato, anche *sine die* [Ferraro 1998, 447 e s.], per altro verso, che ogni prestazione personale continuativa ma priva di questi caratteri fosse naturalmente destinata a esser attratta in seno all'organizzazione dell'impresa e a esser prestata nelle forme tipiche disciplinate dall'art. 2094 cod.civ.⁴⁹². Conferma questa ricostruzione dell'originario impianto codicistico la circostanza che successivamente il legislatore abbia disposto che dovesse considerarsi in ogni caso "... appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere e di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante"⁴⁹³.

È emblematico che ancora alla metà degli anni '80, un maestro del diritto del lavoro quale Francesco Santoro Passarelli, descrivendo nel suo manuale i caratteri del lavoro autonomo, affermi l'identità tra contratto d'opera e *locatio operis* sulla base della considerazione che "*l'opus perfectum* è il risultato di un lavoro autonomo, risultato assai diverso secondo la specifica natura dell'opera o del servizio, il cui compimento, a rischio del prestatore è dedotto in obbligazione, senza che perciò diventi indifferente per il creditore l'esecuzione dell'opera (art. 2224)", sembrando così escludere implicitamente che il lavoro autonomo possa consistere in una prestazione di durata [F. Santoro Passarelli 1987, 88].

La dottrina civilistica conviene che la funzionalizzazione "causale" di un'obbligazione di fare alla realizzazione di un *opus* (bene o servizio che sia) la qualifichi in ogni caso come un'obbligazione "ad adempimento istantaneo" in quanto il creditore viene soddisfatto solo nel momento finale della consegna del bene o della realizzazione nella sua interezza del servizio, anche qualora la produzione di questi richieda una "esecuzione prolungata" [Oppo 1943, 147 e 156; Bianca 1990, 214]. Si esclude di contro la possibilità di qualificare i contratti aventi ad oggetto una tale obbligazione come contratti di durata, i quali, invece, si caratterizzano per un adempimento "continuativo" o "a esecuzione continuata". La distinzione tra questi due tipi di obbligazioni (quelle appunto ad adempimento istantaneo e quelle ad adempimento continuativo) può divenire assai problematica nel caso in cui oggetto dell'obbligazione non sia la singola prestazione finalizzata a un unico risultato determinato, ma un complesso di prestazioni d'opera ripetute in un lasso temporale convenuto. In quest'ultima ipotesi l'Oppo nel suo studio sui contratti di durata, considerato ancor oggi l'analisi più approfondita in materia, ha avvertito della necessità di distinguere i contratti a "esecuzione periodica" da quelli a "esecuzione reiterata" in base alla circostanza che per i primi sarebbero predeterminate la quantità, le modalità e i tempi di esecuzione della prestazione dovuta, mentre per i secondi l'oggetto dell'obbligazione non consiste in una serie di

⁴⁹² Cfr. la relazione del Guardasigilli al codice civile (n. 914), opportunamente indicata come chiarificatrice da G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, pp. 447 e s., laddove si precisa che "mentre la figura del contratto di lavoro in senso stretto rappresenta l'equivalente moderno della figura romanistica della *locatio operarum*, la nuova figura del contratto d'opera è più ristretta della figura romanistica della *locatio operis*. Infatti, non tutti i contratti che hanno per oggetto la prestazione di un *opus* sono disciplinati nel Titolo III, ma solo il tipo di *locatio operis* più elementare, in cui il *conductor operis* presta un lavoro esclusivamente o prevalentemente proprio, e come tale o non riveste la figura d'imprenditore (prestatore d'opera intellettuale o artistica) ovvero riveste la figura del piccolo imprenditore. E', infatti, solo questo tipo di *locatio operis* quello che presenta un particolare profilo sociale che ne giustifica la collocazione nel libro dedicato al Lavoro".

⁴⁹³ Art. 1 comma 3 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369, ora abrogato dall'art. 85 del d.lgs. n. 276/2003; in merito alla portata di questa norma v. O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, Angeli, 2001, 75 e ss. La medesima *ratio* sottende anche la successiva previsione dell'art. 1 comma 3 della legge 18 dicembre 1973 n. 877 secondo cui non può esser considerato lavoratore a domicilio ma deve esser qualificato come lavoratore subordinato a tempo indeterminato chi, pur osservando le altre modalità di effettuazione della prestazione indicate dalla legge n. 877 "... lavori in locali di pertinenza dello stesso imprenditore, anche se per l'uso di tali locali e dei mezzi di lavoro in essi esistenti corrisponde al datore un compenso di qualsiasi natura".

prestazioni dotate ciascuna di una propria autonomia, bensì nella disponibilità del debitore a effettuare per un arco temporale convenuto la medesima prestazione però in quantità, tempi e modi non predeterminati, rispondendo di volta in volta alla richiesta del creditore o, automaticamente, alle esigenze sopravvenute di questo [Oppo 1943, 170 e 229]. Soltanto i contratti con obbligazioni personali a “esecuzione reiterata” potrebbero correttamente esser qualificati come contratti di durata caratterizzati dalla continuità (in senso tecnico) della prestazione; tra questi viene ricompreso dall’Oppo il rapporto di lavoro subordinato e invece nettamente distinta la *locatio operis*. I contratti di prestazioni personali a esecuzione reiterata, infatti, rispondono strutturalmente a una diversa *causa* negoziale rispetto al contratto d’opera in quanto il risultato del *facere* è per i primi privo di rilevanza ai fini dell’adempimento dell’obbligazione del debitore, la quale è circoscritta alla sola diligenza nell’esecuzione del *facere* stesso [Oppo 1943, 174].

Successivamente la dottrina giuslavoristica ha rilevato – in conformità a quest’ultimo orientamento dottrinale – che nell’obbligazione di durata il tempo non è subito dalle parti ma concorre alla determinazione della prestazione dovuta; l’adempimento del prestatore può così essere infinitamente diviso *ratione temporis* (“*quotidie et singulis momentis*”), costituendo di per sé ogni frazione un utile adempimento parziale dell’obbligazione contrattuale. Ciò è egualmente vero nel caso in cui oggetto dell’obbligazione sia la disponibilità a compiere una prestazione di lavoro eterodiretta oppure una prestazione autonoma nelle forme di esecuzione. Solo in tal senso può propriamente parlarsi di “continuità” in senso tecnico dell’obbligazione⁴⁹⁴ e riconoscerle la *causa* dei contratti di durata [Ichino 1984, 20 e 25 ss.].

La distinzione tra obbligazioni di durata (o ad adempimento continuativo) e obbligazioni ad adempimento istantaneo, in realtà, nel caso delle prestazioni di fare si differenzia solo per la diversa terminologia dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Quest’ultima distinzione è stata svalutata dalla dottrina giuslavoristica: secondo l’orientamento prevalente essa genererebbe soltanto equivoci giacché anche nelle prestazioni di mero *facere* sarebbe comunque perseguito un risultato per il creditore, quello di fruire della diligente prestazione del lavoratore (autonomo o subordinato), anche nel caso in cui l’esito di questa non possa essere predeterminato perché condizionato da condotte di terzi o da eventi sottratti, almeno in parte, al controllo e al governo del prestatore d’opera (si pensi al verdetto del giudice per l’avvocato, al rigetto del paziente di un trapianto per il chirurgo) [Mengoni 1954, 187 e ss., 193, 202; Mancini 1957, 18; Ghezzi 1970, 101 e ss.; Perulli 1996, 177 e ss.].

In realtà – come ho sopra chiarito utilizzando le definizioni di obbligazioni di durata e obbligazioni ad adempimento istantaneo, forse più felici sul piano descrittivo e non foriere di equivoci terminologici – segnare questo distinguo tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, sebbene non possa esser operato in base a una insussistente diversità qualitativa della diligenza dovuta nell’esecuzione delle rispettive prestazioni (come hanno correttamente rilevato gli Autori sopra

⁴⁹⁴ P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984, vol. I, p. 27 distingue al riguardo il carattere della durata intesa quale mera estensione nel tempo della prestazione, carattere che può essere proprio anche della *locatio operis* nel caso di reiterazione dello stesso *opus*, dal carattere della “continuità” in senso tecnico nei termini sopra indicati nel testo; per l’Autore la continuità, pur intesa in senso tecnico, è comunque un carattere *necessario* ma non sufficiente alla qualificazione della fattispecie concreta in termini di lavoro subordinato.

citati che proprio per questo profilo hanno svalutato tale distinzione)⁴⁹⁵, ha comunque senso. Non solo perché sia ontologicamente diverso obbligarsi a prestare un servizio finito in luogo di un *facere*, ma perché ne conseguono effetti giuridici rilevanti in relazione alla causa del contratto, alla natura dell'adempimento e al tipo di responsabilità contrattuale assunta [Oppo 1943, 157 e 165 e s.; G. Santoro Passarelli 2005, 102; Gregorio 1995, 181]. Se è vero che nulla impedisce che l'obbligazione di fornire la medesima opera o servizio possa essere reiterata continuamente in favore dello stesso committente⁴⁹⁶, la causa del contratto d'opera nella sua formulazione codicistica rimane inalterata, però, soltanto se ciascuna di queste obbligazioni conservi una sua identità definita con un termine necessariamente coincidente con la soddisfazione (seppur parziale) del credito del committente. Questo carattere comporta la maturazione del diritto al corrispettivo all'adempimento di ciascuna delle obbligazioni, mentre rende irrilevante a questi fini la frazionabilità in unità temporali dell'attività preparatoria posta in essere dal prestatore per realizzare ogni singola opera o servizio convenuto. Ad esempio l'agente di commercio matura il diritto alla provvigione alla conclusione di ciascun contratto in favore del committente anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo gli abbia conferito un mandato di rappresentanza generale e *sine die*, senza che l'agente possa vantare un diritto al compenso per l'attività diligentemente compiuta ma che, per cause al medesimo non imputabili, non abbia condotto alla conclusione del contratto (cfr. art. 1748 cod.civ.). Può certamente intervenire tra l'agente e il committente una specifica pattuizione che riconosca indifferentemente il corrispettivo anche per l'attività preparatoria; tale pattuizione, però, pur del tutto lecita, altera la causa del tipo legale trasformando l'obbligazione "di risultato" in una "di mezzi" [Ghera 2005, 216].

2. Le trasformazioni del lavoro autonomo coordinato all'organizzazione dell'impresa.

A partire dalla fine degli anni '60 l'organizzazione del lavoro è andata mutando con una progressione - per velocità e per intensità - esponenziale. Questi mutamenti hanno inevitabilmente sottoposto a continua tensione le due fattispecie contrattuali codicistiche, lavoro subordinato e lavoro autonomo, che mentre avevano una loro chiara tipicità sociale nell'organizzazione tayloristica del lavoro nell'impresa, l'hanno successivamente perduta "inquinandosi" vicendevolmente, l'una con elementi sintomatici dell'altra [Supiot 1999; 2000].

Dapprima l'automatizzazione dell'impresa e poi le tecnologie informatiche hanno permesso di superare la ripetitività esecutiva dell'azione umana quale soluzione organizzativa centrale della produzione di massa, lasciando sempre più ampi spazi a formule organizzative che non necessitano imprescindibilmente della compresenza temporale e spaziale dei lavoratori né tantomeno dell'esecuzione di atti predeterminati e disciplinati in dettaglio, privi di ambiti di discrezionalità del lavoratore, ma anzi richiedono il coinvolgimento attivo del lavoratore e la valorizzazione delle

⁴⁹⁵ Al riguardo l'Oppo, *I contratti di durata*, in Rivista di diritto commerciale, 1943, p. 155, aveva già precisato che "Se non è quella attività "come tale" ma il suo risultato finale che dal punto di vista economico soddisfa l'interesse e dal punto di vista giuridico adempie l'obbligazione, essa è tuttavia economicamente necessaria e lo è anche *giuridicamente*, in quanto dedotta in obbligazione come mezzo di adempimento". Cfr. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2005, I, pp. 206 e ss., nel senso dell'irrelevanza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ai fini della diligenza del debitore, ma nel senso della rilevanza per valutare la responsabilità dell'inadempimento e la ripartizione del relativo onere probatorio.

⁴⁹⁶ Cfr. E. Ghera, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, cit., p. 85, secondo cui "... nel contatto di collaborazione coordinata e continuativa viene soddisfatto un interesse dell'imprenditore che si può dire continuativo sul piano della reiterazione nel tempo delle singole prestazioni di risultato ma non sul piano della programmazione e coordinamento nello spazio e nel tempo dell'attività la quale viene autogestita dal lavoratore"; G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, cit., pp. 463 e s..

sue capacità discreitive e creative [Bologna, Fumagalli 1997; De Luca Tamajo 2003, 4; Ghera 2003, 66 e ss.; Liso 2003, 98 e s.; Ferraro 1998, 432 e ss.]. Oltretutto l'evoluzione dei mezzi di trasporto e di comunicazione fa preferire la delocalizzazione delle produzioni *labour intensive* nei paesi del secondo e terzo mondo, in cui il costo del lavoro è infinitamente più basso. L'incidenza percentuale sul PIL rispettivamente dell'industria e del settore terziario si è invertita nel giro di un trentennio. L'imperativo dell'impresa postindustriale è quello di innovare il prodotto e le modalità di produzione piuttosto che incrementare la capacità quantitativa della medesima produzione.

Le nuove modalità di produzione hanno consentito, per un verso, che il lavoro non soggetto all'eterodirezione del committente possa essere "importato" sempre più all'interno dell'impresa e inserito organicamente nella sua organizzazione produttiva; per altro verso (ma si tratta dell'altra faccia della stessa medaglia), che attività che prima dovevano essere necessariamente prestate, organizzate e controllate in seno all'impresa utilizzando lavoratori subordinati, possano essere "esternalizzate" a lavoratori non soggetti allo stringente vincolo dell'eterodirezione. Oltre all'aspetto fisiologico del fenomeno, se ne registra anche uno patologico: la "fuga" dal lavoro subordinato non è stata, almeno in prevalenza, frutto della scelta dei lavoratori di emanciparsi dalla condizione alienante dell'operaio-massa, ma piuttosto della preferenza delle aziende di spogliarsi degli oneri della funzione assicurativa del rapporto di lavoro subordinato e di traslare parte dei rischi imprenditoriali su collaboratori personali dell'impresa [Ichino 2003]. Questa soluzione organizzativa viene coltivata con maggior ostinazione proprio nei Paesi in cui l'onere "assicurativo" è più gravoso per la "rigidità in uscita" dal rapporto di lavoro subordinato e, soprattutto, per l'entità della contribuzione previdenziale e antinfortunistica che grava questo tipo di rapporto. Così in Italia è divenuta pratica diffusa la fittizia qualificazione come rapporti di lavoro autonomo di dissimulati rapporti di lavoro subordinato, giacché irresistibile per l'impresa è stata la tentazione di ricondurre le prestazioni di cui si è avvalsa fuori dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato in una diversa area in cui ha regnato la libera recedibilità, la piena disponibilità regolativa, anche in merito all'entità del corrispettivo minimo, e sino al 1995 non vi era nemmeno alcun onere contributivo e assicurativo a carico del datore di lavoro.

Il lavoro autonomo di cui si avvale l'impresa coordinandolo stabilmente con la propria organizzazione è stato forzatamente ricondotto dalla dottrina al tipo contrattuale di cui all'art. 2222 cod.civ. [Ballestrero 1987]; questo lavoro autonomo *tout court* ha in comune con la fattispecie codicistica del contratto d'opera i caratteri della personalità della prestazione e dell'assenza della subordinazione, ma è privo di quella necessaria funzionalizzazione alla prestazione di un'"opera" secondo i caratteri che ho sopra evidenziato. L'impresa ricerca la disponibilità di prestazioni di lavoro da coordinare con la propria organizzazione interna e il proprio personale, ma non richiede al lavoratore autonomo la realizzazione di un bene o di un servizio finito che poi possa essere utilizzato nel suo più ampio processo produttivo volto al distinto "risultato" imprenditoriale. Ciò che si ricerca è l'apporto collaborativo del lavoratore, il quale è però libero di organizzarlo nella sua dimensione spazio-temporale nei limiti in cui lo consentano le necessità di coordinamento con l'organizzazione, i processi e il personale dell'impresa committente, rimanendo comunque teoricamente libero di accettare o rifiutare eventuali richieste del datore di variazione dell'oggetto della prestazione.

L'applicazione della "leggera" disciplina di cui agli artt. 2222 e ss. cod.civ. può quindi giustificarsi in modo sistematicamente rigoroso in virtù dell'*analogia legis*, ma non già per la perfetta corrispondenza con il contratto tipico disciplinato dal legislatore del 1942. Al diffondersi del lavoro

non soggetto al vincolo dell'eterodirezione ma coordinato con l'organizzazione d'impresa la dottrina italiana ha invece preferito un altro percorso esegetico, valorizzando appunto i caratteri della personalità e della assenza di subordinazione propri dell'art. 2222 cod.civ. e svalutando totalmente l'aspetto della finalizzazione a un risultato, ritenendo che, nonostante i ripetuti richiami nella formulazione testuale delle norme, quest'ultimo fosse un elemento del tutto accessorio nella nozione di lavoro autonomo dettata dal libro V del codice civile. Ha concorso a legittimare questo "snaturamento" della nozione codicistica del lavoro autonomo come prestazione d'opera la poco rigorosa definizione di *"rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato"* (art. 409 c.p.c.), adottata dalla legge n. 533/73 per ricomprendere nell'ambito di applicazione dell'allora neoistituito processo del lavoro tutti i rapporti di lavoro non soggetti al vincolo di subordinazione ma con altri strumenti negoziali comunque coordinate funzionalmente e continuativamente all'organizzazione d'impresa⁴⁹⁷. Questa definizione letta con le lenti del redattore del codice civile è viziata da una contraddizione interna che deriva dalla pretesa di voler ricondurre *ad unum* la "prestazione d'opera" e la collaborazione autonoma continuativa, accomunandole proprio per quelli che sono invece i loro aspetti distintivi: la prima è un'obbligazione "ad adempimento istantaneo" (seppur eventualmente a esecuzione prolungata nel tempo) e la seconda un'obbligazione "di durata" o, più correttamente, a esecuzione continuata [Ferraro 1998, 463 es.]. Lontana è anche l'affinità dei rapporti di collaborazione con i rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale sebbene essi siano tutti riuniti nella previsione dell'art. 409 n. 3 c.p.c.; questi ultimi, infatti, nelle forme tipizzate dal codice civile sono contratti di prestazione d'opera a esecuzione ripetuta, per i quali il compenso del prestatore matura in relazione al "risultato" indipendentemente dal tempo impiegato, e cioè di volta in volta alla promozione o alla conclusione di ogni contratto commerciale in favore del committente.

La valorizzazione della sola assenza di subordinazione quale elemento caratterizzante il tipo contrattuale del lavoro autonomo codicistico e la conseguente svalutazione della finalizzazione della prestazione all'"opera" ha per lungo tempo precluso la possibilità di enucleare un *tertium genus* del lavoro coordinato e continuativo, qualificandolo riduttivamente come un sottotipo del lavoro autonomo codicistico [Persiani, Flammia, De Luca Tamajo 1996]. La contrapposizione tra il metodo sussuntivo preferito dalla dottrina e quello tipologico prevalentemente adottato dalla giurisprudenza si è rilevata nei fatti solo apparente e sostanzialmente ridotta a un diverso criterio di valutazione degli elementi di prova; entrambi i metodi sono stati utilizzati per verificare la sussistenza o meno della soggezione all'eterodirezione, eletta ad unico elemento distintivo del lavoro subordinato dal resto del mondo del lavoro [Ichino 1989; Scognamiglio 2001]. Mentre la dottrina ritiene che l'eterodirezione debba essere comprovata rigorosamente in modo compiuto, la giurisprudenza, gravata dell'onere della decisione del caso concreto, valorizza ai fini della prova gli indici sintomatici dell'esercizio di tale potere: l'osservanza di un orario di lavoro predeterminato, l'indispensabilità di conformarsi a precise indicazioni del committente circa le modalità di esecuzione, la necessità di giustificazione di assenze o di inadempimenti parziali, la retribuzione commisurata al tempo di lavoro [Persiani 2005, 6; Lunardon 1990, 403].

⁴⁹⁷ Già in precedenza l'art. 2 della legge 14 luglio 1959 n. 741 aveva utilizzato la formula dei "rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni d'opera continuativa e coordinata" nel delegare al Governo il compito di assicurare l'applicazione generalizzata di minimi inderogabili del trattamento economico e normativo con riferimento agli accordi economici e contratti collettivi di categoria già stipulati.

Al crescere del numero dei collaboratori impiegati in modo continuativo nei processi produttivi d'impresa il legislatore non ha potuto continuare a ignorare la profonda differenza della condizione fattuale di dipendenza dall'organizzazione imprenditoriale altrui in cui si trovano questo tipo di lavoratori autonomi rispetto al "prestatore d'opera" e le istanze di protezione sociale che avanzano coloro che stabilmente si trovano in quest'area del mercato del lavoro. Nel 1993 il legislatore ha interrotto l'inerzia protrattasi per venti anni dopo l'estensione ai c.d. "co.co.co." della disciplina del processo del lavoro del 1973 e ha dato il via a un processo di applicazione selettiva anche a questi ultimi di alcune delle tutele offerte dall'ordinamento ai lavoratori subordinati: dapprima la previsione della possibilità di istituire fondi di previdenza complementare con ripartizione degli oneri di finanziamento tra collaboratore e committente⁴⁹⁸, nel 1995 la disciplina di un sistema di previdenza obbligatoria per l'invalidità la vecchiaia e i superstiti⁴⁹⁹, poi l'attribuzione del diritto agli assegni per il nucleo familiare, al trattamento di malattia in caso di degenza ospedaliera e al trattamento di maternità⁵⁰⁰, nel 2000 l'applicazione della tutela assicurativa antinfortunistica⁵⁰¹, l'assimilazione ai fini fiscali ai redditi da lavoro dipendente⁵⁰², nel 2002 l'obbligo per il committente di comunicazione al servizio pubblico dell'instaurazione del rapporto⁵⁰³.

3. Le trasformazioni del lavoro subordinato "responsabilizzato".

L' "inquinamento" non è stato a senso unico ma reciproco: anche il lavoro subordinato si è progressivamente destrutturato e quegli indici che la giurisprudenza aveva individuato come sintomatici dell'eterodirezione hanno perduto gran parte della loro capacità rilevatrice di quest'ultima. La nuova organizzazione dell'impresa, infatti, ha parzialmente abdicato all'esercizio dei poteri gerarchici nella direzione esecutiva della prestazione del lavoratore subordinato implementando forme di responsabilizzazione personale e di misurazione della *performance* per incentivare l'apporto ideativo e collaborativo di quest'ultimo internalizzando così nei contratti di lavoro subordinato caratteri sintomatici del lavoro autonomo e della finalizzazione strutturale al "risultato" di questo [Supiot 2000; Perulli 2004a; Davies 2000; *infra* in questo volume Neri].

Ormai quote significative di lavoratori subordinati in virtù di accordi individuali o collettivi non sono soggetti all'obbligo di osservare un orario di lavoro predeterminato (si pensi ai dirigenti, ai quadri, ai telelavoratori o a coloro che esercitano stabilmente la loro prestazione al di fuori dei locali aziendali) o quantomeno godono di ampia facoltà di autodeterminare il proprio orario sia giornaliero attraverso margini di flessibilità in entrata e in uscita e di recuperi compensativi, ma anche – seppur in misura ridotta – dello stesso orario settimanale. Allo stesso modo gran parte della retribuzione non viene più determinata in relazione alla quantità oraria di lavoro, ma al raggiungimento di obiettivi individuali o collettivi cui è condizionata l'erogazione di incentivi premiali o di *stock options* che legano ancor più la gratificazione economica del lavoratore al successo

⁴⁹⁸ Cfr. artt. 2 e 8 d.lgs. n. 124/1993.

⁴⁹⁹ Cfr. art. 2 comma 26 legge 8.8.1995 n. 335; gli oneri contributivi gravano per i due terzi il committente e sono stati originariamente quantificati in misura pari al 10 % del compenso imponibile e successivamente elevati negli sino all'attuale 18,00 % (19% per la quota di reddito superiore a € 38.641); v. art. 59, comma 16 legge 17.12.1997 n. 449; art. 45 decreto legge 30.9.2003 n. 269, che ha da ultimo previsto che l'aliquota contributiva pensionistica per i collaboratori che non abbiano altre forme di previdenza obbligatoria è applicata la medesima aliquota prevista per la gestione pensionistica dei commercianti.

⁵⁰⁰ Cfr. art. 59, comma 16 legge 17.12.1997 n. 449; 51, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

⁵⁰¹ Cfr. art.5 d.lgs. 23.2.2000 n. 38.

⁵⁰² Cfr. art. 34 legge 21.11.2000 n. 342.

⁵⁰³ Cfr. art.6 comma 2 d.lgs. 19.12.2002 n. 297.

aziendale sul mercato. La leva premiale si è rilevata assai più efficace di quella sanzionatoria per garantire un grado elevato di rendimento dei lavoratori. Infine, proprio perché molto spesso il lavoratore è uno specialista della sua “mansione” e ne ha una conoscenza infinitamente superiore del proprio datore di lavoro o dei suoi preposti, questi ultimi pur avendo il potere giuridico di esercitare una direzione esecutiva si astengono opportunamente dal farlo perché ciò che intendono acquisire dal lavoratore è in primo luogo la sua capacità di ideare organizzare e effettuare quella determinata prestazione nelle forme e nei contenuti che valuta discrezionalmente più idonee ed efficienti per l'organizzazione in cui è impiegato. Il controllo dell'adempimento del lavoratore diviene quindi sempre più un controllo *a posteriori* sugli esiti delle sue *performance*, piuttosto che un controllo esercitato sulla conformità della sua attività a modalità esecutive predeterminate *a priori* dal datore. È pur vero che il datore di lavoro conserva sempre nei confronti di questa tipologia di lavoratori il potere giuridico di imporre forme di esecuzione eterodeterminate nei modi, tempi e spazi, ma ben si comprende la difficoltà nel riscontrare dall'esterno la sussistenza di un potere che pur conferito negozialmente al datore non viene quasi mai esercitato in concreto da questo, il quale in fondo non ha neppure un reale interesse organizzativo a esercitarlo.

Questa realtà spiega l'imbarazzo della giurisprudenza nel decidere della qualificazione dei rapporti di lavoro sulla base del solo elemento dell'eterodirezione, costrizione tipologica che si rileva così inadeguata quale criterio di discernimento da spingere sostanzialmente la stessa giurisprudenza a esser meno rigorosa nel valutare la sussistenza del requisito tassativo dell'eterodirezione per offrire le tutele della disciplina applicabile al lavoro subordinato a rapporti in cui difficilmente si registra l'esercizio del potere direttivo tanto da farne dubitare persino dell'effettiva sussistenza. È emblematica di questo imbarazzo nel continuare a selezionare ancor oggi i tipi contrattuali attribuendo rilevanza discriminante all'eterodirezione la motivazione di una recente sentenza della Cassazione secondo cui “... quando le prestazioni lavorative abbiano, come nella specie, particolari caratteristiche (per la loro natura creativa, intellettuale, dirigenziale o professionale), che, ad esempio, non si prestino ad essere eseguite sotto la direzione del datore di lavoro o con una continuità regolare anche negli orari, il parametro distintivo della subordinazione deve essere necessariamente valutato o escluso mediante il ricorso a criteri c.d. complementari o sussidiari, quali, ad esempio, la periodicità e la predeterminazione della retribuzione, il coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo del datore di lavoro, l'assenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale e l'assenza di rischio in capo al lavoratore” (Cass. 21.4.2005 n. 8307; ma vedi già nel medesimo senso Cass. n. 4770/2003; n. 9492/2003; n. 12364/2003; n. 13375/2003). Seppur sia lodevole il tentativo della Suprema Corte di adeguare le vecchie categorie alla realtà per cercare una via di uscita dal cortocircuito interpretativo, la contraddizione è però evidente: come si fa ad attribuire alla subordinazione - in ossequio alla interpretazione tradizionale - la funzione di esclusivo *parametro distintivo* in mansioni che *non si prestino ad essere eseguite sotto la direzione del datore di lavoro* avvalendosi di caratteri sintomatici che, come si è rilevato, si registrano oggi potenzialmente sia nel lavoro subordinato che nel lavoro autonomo ?

4. Alla ricerca di un sistema di protezione giuridica per il lavoro personale economicamente dipendente dall'impresa.

Sarebbe riduttivo, se non del tutto fuorviante, alla luce delle indicazioni che possono trarsi dai dati disponibili, ritenere che il lavoro coordinato e continuativo “genuino”, caratterizzato soltanto dall'assenza di eterodirezione, riguardi oggi solo o prevalentemente i c.d. *professionals* o in via

transitoria i giovani che entrano nel mercato del lavoro: le nuove tecnologie e la scomparsa di processi produttivi che necessitano di una continua compresenza di tutti gli addetti consentono di avvalersi più o meno efficacemente di forme di lavoro soltanto coordinato, e non già eterodiretto, anche per mansioni che richiedono una media o mediobassa professionalità e un contenuto esercizio di competenze decisionali e valutative. È questo il paradosso della collaborazione coordinata e continuativa “a tempo pieno” con un monocommittente: vi restano “intrappolati” stabilmente non già quei lavoratori di alta specializzazione la cui prestazione potrebbe agevolmente esser organizzata in queste forme, ma piuttosto le professionalità intermedie che non possono spendere un forte potere contrattuale nei confronti del datore, non sono in grado di imporre la formula contrattuale più gradita e pertanto finiscono per subire più che godere l'autonomia propria del lavoro coordinato [*infra* in questo volume Altieri 2005; Berton, Pacelli, Segre' 2003].

La debolezza contrattuale nei confronti dell'impresa (per l'esclusività del compenso quale fonte di reddito personale o per l'eccesso di offerta rispetto alla domanda della loro professionalità o ancora per le asimmetrie informative che si scontano non praticando continuamente il mercato “aperto”) espone questi lavoratori a un forte condizionamento e controllo indiretto circa le modalità esecutive e spazio-temporali della loro prestazione; il datore di lavoro non è neppure gravato di rilevanti costi di transazione giacché la generale indeterminatezza temporale della durata del contratto consente, a norma dell'art. 1373 cod.civ., la libera risoluzione del rapporto da parte del committente qualora non intervenga un automatico e spontaneo adattamento della prestazione offerta alle nuove condizioni desiderate da quest'ultimo.

Il problema della protezione sociale di questi lavoratori che possono invocare soltanto il diritto civile dei rapporti *inter pares* non è soltanto italiano, ma comune a tutti i Paesi occidentali a economia avanzata, anche se il caso italiano si è sempre segnalato per l'anomalia dell'entità del lavoro autonomo nel suo complesso e per una diffusa propensione alla simulazione delle co.co.co. per sottrarsi agli oneri economici e gestionali che derivano dalla disciplina giuridica del lavoro subordinato, prima fra tutti quella avverso il licenziamento ingiustificato; quasi che finita l'era del *dismissal at will* le imprese abbiano ricercato – più o meno legittimamente - nuove aree di libera recedibilità attraverso l'*outsourcing at will*, ricorrendo a piccoli subappaltatori o appunto a collaboratori coordinati e continuativi [Autor 2004].

L'Organizzazione internazionale del lavoro ha iniziato a guardare con apprensione il diffondersi del *contract labour* (lavoro a contratto o in subfornitura), con cui si è inteso individuare quei “... lavoratori coinvolti in una relazione triangolare” ma anche coloro che “... svolgono il lavoro o erogano il servizio ad un'altra persona nell'ambito di un contratto di diritto civile o commerciale, ma che di fatto sono dipendenti da o integrati nell'impresa a favore della quale svolgono o erogano il servizio in questione”. Nella Conferenza internazionale del lavoro del 1998 era stata proposta l'adozione di standard minimi di tutela per i “*workers in situation needing protection*” disegnando l'area di bisogno in relazione alla condizione di dipendenza economica dall'impresa, indipendentemente dallo strumento contrattuale che lega il lavoratore a questa in modo stabile e coordinato. Il problema è stato riproposto nella Conferenza del 2003 con la presentazione di un rapporto su “L'ambito di applicazione del rapporto di lavoro”, in cui si è chiaramente denunciata l'incapacità del rapporto di lavoro subordinato di offrire algergo a tutte le forme di collaborazione personale esposte a rischi di insicurezza e povertà, sia per l'ambiguità stessa della nozione delle prassi applicative giurisprudenziali, sia per il ricorso a diverse figure contrattuali per gestire questi rapporti [Deakin 2004; Casale 2004, 649; Perulli 2003, 239 e ss.].

Il legislatore italiano – come già ricordato - ha iniziato a rispondere timidamente a questa domanda di protezione negli anni '90 prevedendo l'applicazione di tutele specifiche al lavoro coordinato e continuativo, ma lasciando integralmente immutate le fattispecie contrattuali del lavoro subordinato e del lavoro autonomo, ricomprendendo in quest'ultimo *genus* le *species* della prestazione d'opera e della collaborazione professionale continuativa.

Le proposte di riforma che hanno raccolto maggior consenso politico e dottrinale si muovono in continuità con questa linea d'azione, mantenendo inalterate le fattispecie contrattuali ma sdrammatizzando la differenziazione degli effetti conseguenti all'applicazione dell'una e dell'altra disegnando un *continuum* di protezioni legali via via crescenti, muovendo dal lavoro autonomo tradizionale, attraverso il lavoro coordinato e continuativo, per giungere al lavoro subordinato identificato secondo l'originaria categoria codicistica, che continuerebbe a godere del massimo di protezione.

Nella scorsa legislatura il d.d.l. n. 2049 approvato dal Senato e poi trasmesso senza successo alla Camera, primo firmatario il senatore Smuraglia, si limitava a definire "lavori atipici" le collaborazioni coordinate e continuative lasciando inalterata la fattispecie sostanziale che veniva identificata nei "contratti che implicano una prestazione lavorativa, con carattere di continuità e in qualsiasi forma coordinata rispetto alla complessiva attività produttiva non riconducibile né alla tipologia del lavoro né a quella del lavoro autonomo". Si proponeva di estendere a questi rapporti l'applicazione della disciplina dello Statuto dei lavoratori a protezione della libertà di pensiero, della libertà sindacale, della sicurezza sul lavoro. Si prevedevano, inoltre, delle tutele specifiche che avrebbero dovuto garantire una maggiore stabilità e continuità del rapporto del collaboratore: il divieto di trasformare un rapporto subordinato in coordinato, il diritto di preferenza alla instaurazione di un nuovo contratto del lavoratore coordinato, la natura a tempo determinato del rapporto che preclude secondo i principi civilistici il recesso *ad nutum* prima del termine richiedendo necessariamente una giusta causa di recesso.

Eguale si astengono dal ridisegnare le fattispecie tipiche la proposta di Statuto dei lavori commissionata nella scorsa legislatura dal ministro Treu a Marco Biagi [Biagi – Tiraboschi 1999] e il d.d.l. n. 1872 c.d. Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori, presentato durante l'attuale legislatura dallo stesso Treu e da Giuliano Amato, in cui si adotta la nuova definizione di "lavoratori economicamente dipendenti" [Treu 2001] per identificare comunque i "rapporti di collaborazione aventi ad oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa", e cioè i medesimi rapporti cui all'art. 409 c.p.c.. Entrambe queste proposte prevedono la garanzia di diritti a tutela della dignità e libertà personale a favore di tutti i lavoratori autonomi, per quelli "economicamente dipendenti" è poi destinata una protezione legale maggiore attribuendo loro il diritto all'equo compenso, alla sospensione della prestazione in caso di infortunio, malattia e gravidanza, cure parentali e personali, il diritto di recesso anticipato per giusta causa senza preavviso o per giustificato motivo con preavviso, il diritto a una indennità in caso di recesso ingiustificato del committente dal rapporto a tempo indeterminato, diritti sindacali e di sciopero.

Rispetto a queste ipotesi di rimodulazione delle tutele legali tra le fattispecie contrattuali già codificate si differenziano la proposta formulata da De Luca Tamajo, Flammia e Persiani [1996] e in altra direzione quelle avanzate da D'Antona e da Alleva [Ghezzi 1996].

La prima prevede la tipizzazione legale di un *tertium genus* intermedio tra lavoro subordinato e lavoro autonomo "codicistico", capace di attirare nel suo ambito di applicazione tutte le variegiate

tipologie di relazioni di lavoro prive degli elementi storicamente distintivi di queste due fattispecie (rispettivamente l'eterodirezione concretamente esercitata nelle fasi esecutive della prestazione per il lavoro subordinato e la piena autonomia organizzativa e esecutiva nella prestazione di un'opera per il lavoro autonomo) ma comunque soggette al coordinamento del datore, restrittivamente inteso quale facoltà di "individuazione delle caratteristiche del risultato idonee, volta per volta, a realizzare il concreto interesse del creditore". A questa nuova fattispecie di "lavoro coordinato" avrebbe dovuto destinarsi una protezione legale minimale (previsione di un regime di previdenza obbligatorio, di adeguate tutele alla persona, di esercitare l'azione sindacale, di standard di sicurezza) facendo affidamento su una contrattazione collettiva che in via negoziale disciplini tutele aggiuntive fortemente differenziate.

Le proposte di D'Antona e Alleva, invece, hanno un tratto significativo in comune: quello di ipotizzare un "pacchetto" di diritti destinati a tutte le forme di lavoro senza alcuna aggettivazione, differenziando poi le tutele non più sulla base del criterio principe della eterodirezione ma dell'intensità del "coordinamento economico-organizzativo di una prestazione lavorativa personale nel ciclo della produzione come fattore normale e costante dell'attività dell'impresa altrui". Mentre nella proposta di D'Antona si ipotizza ancora una sensibile differenziazione delle tutele legali applicabili al lavoro coordinato e a quello eterodiretto, Alleva sostanzialmente finisce per ricomprendere tutte le forme di lavoro coordinato nell'ambito di applicazione della disciplina legale protettiva del lavoro subordinato [Alleva 2004]. Nella proposta di Alleva, infatti, si ipotizza che il lavoratore convenga individualmente con l'azienda il suo assoggettamento a forme di direzione della sua prestazione più stringenti del coordinamento funzionale, quale appunto la "rinuncia da parte del lavoratore alla disponibilità di organizzazione propria e sottoposizione delle modalità di espletamento della collaborazione lavorativa alle direttive generiche o specifiche, del datore di lavoro" (art. 6).

Da ultimo la CGIL ha promosso una proposta di legge di iniziativa popolare esplicitamente finalizzata alla "unificazione dei diritti nelle prestazioni continuative" che, pur in sostanziale sintonia con l'originaria proposta di Alleva, inverte la costruzione sistematica di una nuova fattispecie legale di carattere ampiamente inclusivo, ipotizzando che a questa trovi applicazione - in via diretta e integrale - il potere direttivo del datore di lavoro salva la possibilità di comprimerlo con accordi individuali derogatori senza per questo travalicare i confini della stessa fattispecie⁵⁰⁴.

La principale critica che viene mossa a quest'ultime due proposte da coloro che si muovono nella diversa direzione di una redistribuzione selettiva delle tutele senza interventi sulle fattispecie contrattuali è quella "... di irrigidire le dinamiche del mercato del lavoro e provocare reazioni elusive alla disciplina vincolistica sfocianti nel lavoro sommerso. Dall'altra parte, l'allargamento del

⁵⁰⁴ La proposta della CGIL, pubblicata in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2003, n. 2, I, p. 427, prevede la riformulazione dell'art. 2094 cod.civ. disegnando una fattispecie più ampia di quella del lavoro subordinato che ricomprenda invece al suo interno tutti i rapporti di lavoro continuativi caratterizzati dall'alienità dell'organizzazione produttiva e del risultato della prestazione di lavoro. Secondo il testo della norma codicistica proposto "Con il contratto di lavoro, che si reputa a tempo indeterminato salve eccezioni legislativamente previste, il lavoratore si obbliga, mediante retribuzione, a prestare la propria attività intellettuale o manuale in via continuativa all'impresa o diversa attività organizzata ad altri, con destinazione esclusiva del risultato al datore di lavoro. ... L'eventuale esclusione, per accordo tra le parti espresso o per fatti concludenti, dell'esercizio da parte del datore dei poteri di cui agli artt. 2103, primo e secondo periodo, 2104, comma 2, 2106, nonché dell'applicazione degli artt. 2100, 2101, 2102, 2108 cod.civ. e dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970 n. 300, non comporta l'esclusione dei prestatori di lavoro interessati dalla fruizione delle discipline generali di tutela del lavoro previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, né può dar luogo a trattamenti economico-normativi inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi applicati agli altri lavoratori dipendenti dalla medesima impresa. ...".

concetto di subordinazione favorisce uno squilibrio nella distribuzione delle protezioni sociali, che ha portato a concedere tutele a chi non ne ha bisogno e a negarle a chi invece ne avrebbe" [TREU 2004, 197].

5. La riforma della c.d. legge Biagi.

Il libro bianco sulla riforma del lavoro presentato dal governo Berlusconi, il cui principale redattore è stato – come noto – Marco Biagi, si proponeva quale intendimento quello di intervenire con metodo casistico sulla distribuzione delle tutele “per cerchi concentrici e variabili” e di “rinunciare ad ogni ulteriore intento definitorio e classificatorio di una realtà in continuo e rapido mutamento” [Tiraboschi 2004, 17 e ss.]. Già la legge delega n. 30/2003 appare incoerente con questo originario proposito, ma l’incoerenza è divenuta radicale e manifesta nelle previsioni del d.lgs 10 settembre 2003 n. 276, comunemente definita legge Biagi, che introduce un nuovo tipo contrattuale denominato “lavoro a progetto”. Al riguardo è stato correttamente rilevato che il dato nuovo è appunto la configurazione della fattispecie lavoro a progetto come “fattispecie chiusa, in quanto nominata, a fronte della atipicità ed apertura con cui si presenta(va) l’art. 409 c.p.c.”, non può che conseguirne pertanto che il lavoro a progetto configuri un “tipo” contrattuale [Lunardon 2004, 7; Persiani 2005, 17]⁵⁰⁵.

Condivido l’opinione di chi ha affermato che era in fondo un esito scontato che la riarticolazione delle tutele legali dovesse comportare necessariamente un intervento sulla fattispecie contrattuale per ridisegnare gli ambiti di applicazione dei diversi regimi giuridici [De Luca Tamajo 2004; Persiani 2005, 14; Magnani 2003, 216]; come insegna un maestro del diritto civile “*la fattispecie è per l’effetto*” [Irti 1979], destinare un regime giuridico differenziato a un distinto ambito di applicazione comporta – volontariamente o involontariamente – l’enucleazione di una fattispecie tipica coincidente con gli stessi elementi che connotano in modo distintivo l’ambito di applicazione di quel regime.

La novella detta per la nuova fattispecie contrattuale del lavoro a progetto un “regime protettivo debole” [De Luca Tamajo 2003, 11].

Nel contratto di lavoro a progetto deve esser indicato in forma scritta *ad probationem*⁵⁰⁶ [Perulli 2004b, 741, Pinto 2004, 333] a) la durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro, b) il progetto o il programma di lavoro, o le fasi di esso che sono oggetto del contratto, c) il corrispettivo convenuto o i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di

⁵⁰⁵ *Contra* A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, cit., p. 723 che esprime “un giudizio di sostanziale continuità” con la formula di cui all’art. 409 n. 3 c.p.c. così che “l’art. 61 d.lgs 276/2003 non giuridifica una nuova fattispecie contrattuale”.

⁵⁰⁶ Si rammenta che secondo il disposto dell’art. 2725 cod.civ. quando la legge prevede che il contratto debba essere provato per iscritto la prova per testimoni è ammessa soltanto se la parte abbia perso “senza sua colpa” il documento che le forniva la prova; è comunque sempre possibile avvalersi ai fini della prova della confessione dell’altra parte a norma dell’art. 2730 cod.civ. o del deferimento del giuramento a norma dell’art. 2736 cod.civ. oppure della concorde ammissione di entrambi le parti. *Contra* E.Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, I, 208, ritiene che il dato testuale dell’art. 62 del d.lgs. n. 276/2003 nonché quello sistematico per cui la forma costitutiva è la regola “per la quasi totalità dei contratti c.d. atipici di lavoro” impongano di distinguere tra la forma scritta imposta per il contratto in sé e quella per le indicazioni che vi debbono essere obbligatoriamente contenute; la prima infatti sarebbe *ad substantiam* e non già *ad probationem*. Questa opinione non mi sembra condivisibile in quanto proprio il dato sistematico preclude che possa ragionevolmente ritenersi che si tratti di una forma costitutiva perché altrimenti la mancata sottoscrizione in forma scritta dell’intero contratto comportando la nullità di questo priverebbe di qualsiasi portata il disposto dell’art. 69 comma 1 dello stesso d.lgs. Nelle diverse ipotesi di “contratti c.d. atipici” cui sembrerebbe far riferimento l’Autore si tratta in ogni caso di rapporti di lavoro subordinato e il mancato rispetto della forma costitutiva comporta l’instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

pagamento e la disciplina dei rimborsi spese, d) le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, e) le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto.

Il corrispettivo deve esser proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito in base ai compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto (art. 63). La norma pertanto non comporta l'estensione del principio di sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost., ma risponde esclusivamente a una *ratio* di giustizia commutativa garantendo il collaboratore avverso il rischio di asimmetria informativa rispetto al committente circa il valore di mercato della sua prestazione attribuendogli il diritto a un compenso non inferiore a detto valore rimettendo alla giurisprudenza l'onere di individuare i parametri di riferimento per operarne la quantificazione. Il disposto della norma è simile a quello dell'art. 2225 cod.civ., ma se ne differenzia per l'indisponibilità di questo diritto del lavoratore a progetto che occorre dedurre dal successivo art. 68 come modificato dal d.lgs. n. 251/2004⁵⁰⁷.

L'art. 66 sembrerebbe poi garantire al lavoratore a progetto la stabilità del rapporto quantomeno sino al compimento del progetto o del programma convenuto. Il comma 2 dello stesso articolo tuttavia precisa che le parti possono recedere prima della scadenza del termine "per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale". Quest'ultimo comma consente così alle parti di vanificare la protezione del primo comma disponendo la facoltà di recedere dal contratto per le più svariate causali, non soltanto quindi per eventi sopravvenuti e oggettivi⁵⁰⁸, ma anche per la mera volontà di una delle due [Bellavista 2004, 778; De Luca Tamajo 2003, 18; Magnani Spataro 2004, 11; Santoro Passarelli, G. 2004, 44].

La gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto non possono di per sé costituire cause di estinzione del rapporto contrattuale, il quale secondo le previsioni dell'art. 66 rimane sospeso ma senza che maturi il diritto all'erogazione del corrispettivo. In caso di malattia e infortunio la sospensione del rapporto non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza convenuta; il committente ha comunque la facoltà di recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile. In caso di gravidanza, invece, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni, senza possibilità di recesso anticipato da parte del committente.

L'art. 64 prevede che il collaboratore a progetto possa svolgere la sua attività in favore di più committenti, seppur comprensibilmente con l'obbligo di non svolgere attività concorrenziali o comunque pregiudizievoli nei confronti dei suoi committenti e di riservatezza circa i programmi e l'organizzazione produttiva di questi. Lo stesso articolo però prevede che le parti possano

⁵⁰⁷ Il nuovo testo dell'art. 68 dettato dal d.lgs. n. 251/2004 non consente più di sostenere – come era stato prospettato da alcuni autori sulla base del testo originario – la disponibilità della disciplina legale del contratto in sede di certificazione, chiarendo che possono essere rinunciati o transatti soltanto i diritti maturati dei rapporti già in essere, conformemente a quanto già previsto dall'art. 2113 cod.civ.

⁵⁰⁸ Si esprimono invece nel senso dell'illegittimità di eventuali clausole risolutive "acausali": V. Pinto, *Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/2003*, 2004, Bari, Cacucci, p. 346; A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in ILLeJ n. 1/2004, <http://www.la-bourlawjournal.it>; M. Novella, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 122.

derogarvi *in pejus* per il collaboratore consentendo la possibilità di convenire l'obbligo di esclusività del rapporto.

Il lavoratore a progetto ha diritto di essere riconosciuto autore della invenzione fatta nello svolgimento del rapporto e che gli venga applicata per i diritti patrimoniali conseguenti la medesima disciplina dettata per i lavoratori subordinati dall'art. 2590 cod.civ. [Leone 2004, 105].

La novella prevede infine che al lavoro a progetto continuino a trovare applicazione le disposizioni del processo del lavoro, le norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al d. lgs. n. 626 del 1994, l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la tutela previdenziale della maternità e della malattia in caso di degenza ospedaliera, già in precedenza applicate ai collaboratori coordinati e continuativi.

È indubbio quindi che il dato più rilevante della che previsione del "lavoro a progetto" è l'effetto "a catena" prodotto sul piano sistematico nei confronti delle fattispecie tipiche del lavoro subordinato e del lavoro autonomo, imponendo una nuova (o meglio – come illustrerò di seguito – una riscoperta) formulazione di queste per addizione, per un verso, e per sottrazione, per altro verso. Proprio su questa problematica, infatti, è stata sinora incentrata l'analisi della dottrina.

Il combinato disposto degli artt. 61 e 68 del d.lgs n. 276/2003 appare inequivoco nel senso che il lavoro a progetto non coincida con la collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c., ma incida su questa ampia tipologia di rapporti di lavoro autonomo scomponendola in una tripartizione cui trova applicazione un regime giuridico fortemente differenziato: a) il lavoro a progetto, b) le collaborazioni coordinate e continuative non "riconducibili" a progetto, c) le vecchie collaborazioni coordinate e continuative "superstiti".

6. Il lavoro a progetto.

Il comma 1 dell'art. 61 del d.lgs n. 276 prevede che *"i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa"*.

I primi commentatori si sono affannati a rinvenire nella analisi linguistica delle espressioni "progetto, programma o fase di programma" la sussistenza di un reale carattere distintivo di questa fattispecie rispetto alla collaborazione professionale classica di cui all'art. 409 c.p.c. Alcuni autori, proprio svalutando la capacità selettiva della portata nel linguaggio comune di queste espressioni, considerate come sinonimi sostanzialmente capaci di ricomprendere ogni unità temporale in cui può essere in astratto frazionata la prestazione di collaborazione coordinata con l'organizzazione d'impresa giacché "una fase di programma di lavoro non si nega a nessuno" [Pedrazzoli 2004, 33], hanno sostenuto una lettura riduttiva della novella secondo cui la fattispecie della collaborazione sarebbe rimasta sostanzialmente invariata salvo l'onere di apporvi un termine temporale determinato e determinabile, ma che non vi sarebbe alcuna preclusione alla infinita e immediata reiterazione della stessa prestazione con un nuovo contratto tra le medesime parti recante

l'indicazione del termine successivo [Proia 2004; Maresca 2004; Bortone 2004, 143]⁵⁰⁹. Oggettivamente occorre convenire che queste espressioni valutate *di per sé* non hanno alcuna capacità euristica, tuttavia la possono assumere se poste in sistematica connessione con le successive specificazioni contenute nella definizione, le quali sono invece altamente significanti laddove siano lette con il rigore delle categorie civilistiche [Mezzacapo 2004, 5]. Nel lavoro a progetto l'attività cui è obbligato il collaboratore deve essere organizzata "*in funzione del risultato*" determinato dal committente, ma perseguito *autonomamente* dallo stesso collaboratore e, seppur coordinandosi con l'organizzazione dell'impresa, *indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa*. Il *risultato* cui intende riferirsi la norma non è – come autorevolmente sostenuto – il "risultato del risultato o risultato in senso pregnante, cui tende l'organizzazione del committente" [Perulli 2004a; Vallebona 2004], inteso cioè quale interesse finale dell'impresa per il cui perseguimento utilizza la prestazione del collaboratore inserendola in modo organico nel suo ciclo produttivo, bensì il risultato dotato di una sua compiutezza e autonomia ontologica realizzato dal collaboratore con la propria prestazione e reso all'impresa quale adempimento della propria obbligazione⁵¹⁰. È dunque l'*opus* di cui all'art. 2222 c.c. nella sua interpretazione rigorosa di oggetto di un'obbligazione ad adempimento istantaneo⁵¹¹, seppur a esecuzione prolungata nel tempo, volta alla realizzazione di un bene e un servizio in vantaggio del committente [Pizzoferrato 2004; Sandulli 2003; G. Santoro Passarelli 2004, 31; Ferraro 2004, 248 e s.; Mezzacapo 2004, 12].

⁵⁰⁹ Si distingue la posizione di M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D.Lgs. 276/03*, in WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 29/2004 secondo cui il d.lgs. n. 276/2003 abbia instaurato una sorta di "doppio binario", in cui a fianco della nuova fattispecie del lavoro a progetto di cui all'art. 62 permarrebbero a norma dell'art. 61 le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. seppur ricondotte a progetto, caratterizzate cioè dalla predeterminazione della durata temporale della prestazione del collaboratore, depotenziando in tal modo il divieto sancito dall'art. 69 in quanto sarebbe comunque consentito provare in giudizio con ogni mezzo che il rapporto che non risponde ai requisiti formali e sostanziali di cui all'art. 62 realizza un collaboratore coordinata e continuativa riconducibile a progetto a norma dell'art. 61.

⁵¹⁰ *Contra* E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, cit. giunge invece a svalutare completamente l'espressa finalizzazione del lavoro a progetto al *risultato* di cui all'art. 61 d.lgs. n. 276/2003, in quanto precisa che "... la prestazione promessa dal collaboratore può includere ogni tipo di risultato anche non autosufficiente, (diversamente dal tradizionale *opus perfectum*) e la relativa obbligazione si configura come obbligazione di durata e, nello stesso tempo, di risultato". Non si comprende però come poi (pp. 221 e ss.) possa (condivisibilmente) attribuire al "c.d. rischio del lavoro – cioè dell'alea tecnico-economica incidente sull'utilità della prestazione" rilevanza causale per il lavoro a progetto quando questo carattere non può ritenersi compatibile la causa di un'obbligazione di mezzi (o ad adempimento continuativo) consistente in un *facere* personale; la giurisprudenza infatti ha sempre ritenuto l'assenza di rischio un indice sintomatico della subordinazione ma non già un carattere esclusivo di questa incompatibile con la natura autonoma della prestazione personale: cfr. Cass. sez. lav., sent. 6 agosto 2004 n. 15275, in Repertorio del Foro Italiano, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 453; Cass. sez. lav., sent. 25 ottobre 2004 n. 20669, in Repertorio del Foro Italiano, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 594; Cass. sez. lav., sent. 17 luglio 2003 n. 11203, in Repertorio del Foro Italiano, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 675; Cass. sez. lav., sent. 29 aprile 2004 n. 15275, in Repertorio del Foro Italiano, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 453.

⁵¹¹ C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto di lavoro e di relazioni industriali*, 2004, p. 366 giunge alla conclusione che "... il legislatore si è pertanto proposto di introdurre un momento di verifica ed ha finito per ricondurre il lavoro coordinato e continuativo al suo nucleo originario: il contratto d'opera", ma sembrerebbe che abbia utilizzato la nozione di contratto d'opera semplicemente come sinonimo di lavoro autonomo *tout court*, ricomprendente dunque anche obbligazioni a adempimento continuato (o se si preferisce di mezzi), giacché precisa poco prima che "... Tale affermazione non implica che l'obbligazione oggetto del contratto a progetto debba essere intesa *stricto sensu* come di risultato, bensì che l'oggetto del contratto deve consistere in un *facere* predeterminato, cosicché l'attività programmata viene in considerazione non come messa a disposizione di semplici *operae*, ma come perseguimento di un *opus*". P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giustizia civile*, 2005, pp. 137 e 142, invece, ritiene che l'obbligazione del lavoratore a progetto non deve essere necessariamente di risultato ma comunque deve essere finalizzata a "un interesse produttivo di cui sia individuabile un momento iniziale e uno finale", caratterizzato cioè da un "requisito di temporaneità sostanziale e non meramente conseguente all'apposizione negoziale di un termine al contratto di lavoro. La distinzione in seno al lavoro autonomo tra l'obbligazione di *facere* e l'obbligazione di risultato è ben conosciuta e praticata anche dalla dottrina di *common law* cfr. P. Davies, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, p. 210.

Non si può condividere pertanto neppure quell'orientamento che, pur non giungendo a privare di qualsiasi rilevanza la connessione tra la prestazione di lavoro e il progetto, il programma o fase, ritiene comunque che tale elemento rappresenti comunque "un dato estrinseco" incapace di incidere sulla struttura causale dell'obbligazione [Perulli 2004a, 96; Pinto 2004, 332; Ichino 2005, 141].

L'elemento della finalizzazione della prestazione a un risultato non sale all'improvviso alla ribalta del dibattito dottrinale: già D'Antona nella sua proposta di riforma si era chiaramente rappresentato la diversità di stato, fattuale e giuridico, in cui si trova il lavoratore autonomo coordinato qualora si impegni a realizzare con la sua prestazione un bene o un servizio per l'impresa, piuttosto che limitarsi alla disponibilità delle sue energie fisiche e intellettuali seppur sottratto ai vincoli di eterodirezione. Nell'articolato elaborato, infatti, egli prevedeva che il contratto di lavoro *sans phrase* dovesse essere stipulato in forma scritta con l'indicazione – tra gli altri aspetti – della "eventuale responsabilità del prestatore per il risultato della prestazione" (cfr. art. 2). Ricorrono nelle previsioni del d.lgs n. 276 anche suggestioni tratte dalla proposta di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani il "lavoratore coordinato" avrebbe dovuto essere caratterizzato "... dall'autonomia di esecuzione per quanto attiene i tempi e ai modi, nei limiti esclusivamente derivanti dal necessario rispetto di un programma predisposto dal committente" nonché "dalla conseguente responsabilità della produzione del risultato, anche per quanto attiene alla determinazione del compenso".

In questo contesto di nuova sistematizzazione da parte del legislatore del lavoro autonomo (lavoro a progetto, lavoro occasionale, lavoro accessorio) non può svalutarsi l'utilizzo delle medesime espressioni testuali della disciplina codicistica di cui agli art. 2222 cod.civ. e ss. ritenendo che "l'affermazione contenuta nel d.lgs., secondo cui il progetto ... è in funzione del risultato, appare del tutto inutile posto che sempre l'adempimento è in funzione del risultato (inteso quale *utilitas* attesa dal creditore)" [Perulli 2004a, 97; 2004b, 721] o accreditando la lettura proposta dal Ministero del lavoro secondo cui "il progetto consiste in un'attività ben identificabile e funzionalmente collegata ad un risultato finale cui il collaboratore partecipa" (Circolare n. 1 dell'8.1.2004). Come già ricordato, l'art. 2225 cod.civ. chiarisce inequivocabilmente che l'"opera" è il "risultato" della prestazione in relazione al quale va determinato il corrispettivo dovuto in difetto di accordo tra le parti. Soltanto adottando questa interpretazione può conciliarsi la necessaria temporaneità del rapporto contrattuale, che si deduce dall'art. 62 nella parte in cui prevede che il contratto di lavoro a progetto contenga la "*indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro*⁵¹²", con l'indifferenza - ai fini dell'adempimento dell'obbligazione del collaboratore - del tempo impiegato nell'attività lavorativa necessaria sancita dal primo comma dell'art. 61: l'adempimento "istantaneo" attraverso la consegna dell'*opera* (bene o servizio finito) al committente, infatti, segna necessariamente una fine temporale della prestazione sempre certa

⁵¹² Deve ritenersi assolutamente corretta il riferimento operato dal legislatore alla durata della prestazione piuttosto che alla durata del rapporto in quanto nei contratti ad adempimento istantaneo è la durata della prestazione che determina la durata del rapporto e non il contrario come invece avviene nei contratti ad adempimento continuativo o di durata in cui "... la prestazione è determinata in funzione della durata stessa, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto" (OPPO, op.cit.,1943,169); questa precisazione conferma la ricostruzione in termini di obbligazione ad esecuzione istantanea.

quantomeno per l'*an*, ma il tempo impiegato nell'esecuzione rimane nella fattispecie legale del tutto irrilevante ai fini dell'adempimento dell'obbligazione.

Del tutto coerente con l'indifferenza del tempo impiegato risulta anche la previsione dell'art. 67 comma 1 secondo cui "i contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto". Tale previsione è del tutto inconciliabile con la struttura causale del contratto di durata secondo la quale la prestazione è in funzione del decorso del tempo e in nessun caso non può ritenersi adempiuta prima del termine temporale convenuto⁵¹³. E invero coloro che giustificano la previsione dell'irrelevanza del tempo di esecuzione alla realizzazione di ogni singolo *opus*, che concorrerebbe a un più ampio disegno negoziale, in cui l'interesse creditorio consisterebbe nella reiterazione di queste prestazioni per un periodo temporale determinato [Proia 2004, 673; Pinto 2004, 331⁵¹⁴; Mezzacapo 2004, 15], infatti, non sono in grado di rendere coerente questa lettura dell'art. 61 con il disposto dell'art. 67. Coloro che invece ritengono che l'art. 67 intenda far riferimento alla realizzazione del progetto aziendale cui coopererebbe il lavoratore a progetto per un verso non possono che svalutare completamente la precisazione espressa contenuta nella stessa norma che il progetto cui si riferisce è quello che "costituisce l'oggetto" dello stesso contratto di lavoro, per altro verso non possono conciliare sistematicamente l'indifferenza del tempo dell'esecuzione prevista dall'art. 61 con la *causa* di un contratto di durata [Ichino 2005, 142; Lunardon 2004, 23 e 27; Magnani – Spataro 2004, 5].

D'altronde anche colui che ha maggiormente contribuito alla stesura di questo articolato normativo, in risposta alle prime voci dottrinali secondo cui questa parte della novella operava un "sorpasso a sinistra" [Ichino 2003; Del Punta 2004] e che avevano assai allarmato la Confindustria di Amato, ha affermato che la novella aveva inteso semplicemente tornare indietro alla più rigorosa interpretazione della nozione di "lavoro autonomo" [Tiraboschi 2003].

È fin troppo evidente che il legislatore del d.lgs n. 276/2003 ha lasciato l'interprete dinanzi a un dato testuale e sistematico troppo spesso contraddittorio e incoerente, non mi sembra però che la compresenza in un'unica fattispecie negoziale della indifferenza del tempo impiegato ai fini dell'esecuzione esplicitata dall'art. 61, da un lato, e della indicazione nel contratto della durata della prestazione (*rectius* rapporto) e delle forme di coordinamento "*anche temporale*" imposta dall'art. 62, d'altro lato, comportino un irreparabile "cortocircuito logico-sistematico" [Perulli 2004a, 103]. Non ravviso, infatti, alcun elemento testuale o sistematico che precluda di individuare nella determinazione di durata imposta dalla norma semplicemente l'esplicitazione ai fini del controllo giudiziale della effettiva natura del rapporto di quale sia il termine di adempimento

⁵¹³ Cfr. A. Viscomi, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. Ghezzi, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, 2004, Roma, Ediesse, p. 320, il quale sottolinea la rilevanza nel determinare la causa del contratto della finalizzazione della prestazione alla realizzazione del progetto: "... il progetto, tipizzandone la funzione, si riflette sullo stesso profilo causale del contratto di collaborazione".

⁵¹⁴ In particolare V. Pinto, *Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, cit., p. 331 propone di riferire l'indifferenza del tempo impiegato di cui all'art. 61 d.lgs. n.276/2003 alla sola "estensione della prestazione lavorativa resa necessaria dalla suddetta coordinazione" ma non si comprende come questa lettura possa ritenersi compatibile con la qualificazione del lavoro a progetto come contratto di durata in cui il corrispettivo viene determinato in relazione alla *quantità di lavoro* proposta dallo stesso Autore.

dell'obbligazione del collaboratore a norma dell'art. 1183 cod.civ.⁵¹⁵. L'art. 61 precisa che tale durata possa essere non solo *determinata* ma anche *determinabile*, potendo quindi ben coincidere con il momento non precisamente prevedibile del compimento dell'*opera* da parte del collaboratore o recare l'indicazione di una data o di un altro riferimento temporale determinato che indichi il *termine* dell'adempimento, che le parti possono qualificare anche "essenziale" a norma dell'art. 1457 cod.civ. (ad esempio, la previsione della consegna di elaborati grafici e computometrici di un progetto elaborato dall'impresa committente almeno un mese prima dal termine di consegna dell'offerta a una gara di appalto).

La previsione di un coordinamento non solo tecnico ma anche temporale non può ritenersi *di per sé* incompatibile con una *prestazione d'opera*; il corretto adempimento del collaboratore può esigere fasi di confronto, di verifica intermedia, di scambio di dati e informazioni o di altre forme di cooperazione con il personale alle dipendenze del committente, nonché di presenza nei locali aziendali e/o disponibilità di questi o di attrezzature aziendali; attività ed esigenze queste che necessariamente impongono il coordinamento dei tempi. D'altronde il legislatore ha avuto cura di ribadire quale debba essere il limite di queste forme di coordinamento richiesto al collaboratore: "... in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa" (art. 62, lett. d).

Il coordinamento che non è riducibile a una forma attenuata di eterodirezione da parte del committente, si differenzia da quest'ultimo qualitativamente e strutturalmente quale modalità organizzativa strumentale all'integrazione in modo utile del risultato della prestazione del collaboratore nell'organizzazione produttiva dell'impresa [Ferraro 2004, 229; De Feo 2004, 656]⁵¹⁶. Il coordinamento è la sintesi di due distinti poteri: da un lato il potere del datore di lavoro di decidere l'organizzazione complessiva della propria attività produttiva senza giungere però a dettare le modalità di adeguamento a questa da parte del lavoratore autonomo⁵¹⁷; d'altro lato il potere del collaboratore di decidere e organizzare le modalità di adeguamento di tali modalità per rispondere alla sua obbligazione di fornire in ogni caso una prestazione utile al committente/creditore⁵¹⁸. La previsione scritta delle forme di coordinamento richiesta dall'art. 62 impone la

⁵¹⁵ *Contra* A. Perulli, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 101, e *Idem* *Commento artt. 61-63 d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 726 secondo cui "... Il termine immaginato dall'art. 62, lettera a) non è insomma un termine di adempimento, finalizzato propriamente a regolare il momento in cui dev'essere adempiuta un'obbligazione certa e già sorta (coerente con la struttura del contratto avente ad oggetto un *opus* singolo ed isolato, il cui adempimento avviene *uno actu*), ma un termine negoziale, predisposto al fine di limitare temporalmente un rapporto d'opera di durata, *id est* relativo ai bisogni durevoli del committente". Una lettura particolare viene formulata da F. Lunardon, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in *Commentario al d.lgs. 10.9.2003 n. 276*, coordinato da F. Carinci, 2004, Milano, Ipsoa, p. 34, secondo cui il termine indicato sarebbe a garanzia del lavoratore della durata minima del rapporto e a norma dell'art. 1183 co.civ. prima di quella data il creditore non potrebbe reclamare l'adempimento; sarebbero quindi infondate le critiche di precarizzazione del rapporto rivolte a lavoro a progetto.

⁵¹⁶ *Contra* per una differenziazione soltanto quantitativa tra potere direttivo e potere di coordinamento v. per tutti G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da G. Mazzoni, IV, 1982, Padova, Cedam, 49; da ultimo M. Magnani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, 1, pp. 134 e ss.

⁵¹⁷ *Contra* M. Persiani, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, cit., pp. 24 e s.; *Idem*, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Diritto del lavoro*, 1998, I, p. 209, il quale ricostruisce il requisito della coordinazione in termini di un potere negoziale esercitabile dal committente di dare le "istruzioni" circa le modalità spazio-temporali dell'esecuzione del programma già convenuto col collaboratore.

⁵¹⁸ In questo senso può condividersi la notazione di M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D.Lgs. 276/03*, cit., 45 e *Idem*, *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, pp. 554 e s., secondo cui il potere di coordinamento si differenzia dal potere direttivo in quanto ne sarebbe titolare (anche) il collaboratore e non il (solo) committente.

predeterminazione consensuale delle modalità di esecuzione della prestazione necessarie per conciliare quest'ultima con l'organizzazione produttiva del committente comprimendo indirettamente lo stesso potere organizzativo di quest'ultimo [Proia 2003, 668; Mezzacapo 2004, 17]. Nulla preclude, però, che possano intervenire nel corso del rapporto accordi negoziali tra lavoratore a progetto e committente di modifica delle modalità di esecuzione originariamente convenute.

Secondo alcuni autori la precisazione dell'art. 61 che le collaborazioni debbono essere ricondotte "a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi" consente di convenire nel medesimo contratto a progetto la realizzazione di questi e questa possibile pluralità di prestazioni temporebbe il criterio prescrittivo della finalizzazione a un'opera o un servizio e permetterebbe di rispondere anche un interesse durevole del committente [Ferraro 2004, 254; Santoro Passarelli, G. 2004, 31]. Ma – come ha sottolineato l'Oppo segnando la distinzione tra obbligazioni periodiche e reiterate [1943, 170 e 229] - l'aver convenuto contestualmente la realizzazione di più progetti non snatura la causa delle obbligazioni assunte finalizzate ciascuna a un proprio e specifico risultato; risponde invece alla *causa* propria delle obbligazioni di mezzi il diverso contratto con cui il committente non si limiti a convenire una pluralità di prestazioni predeterminate, bensì intenda assicurarsi la disponibilità del *facere* del lavoratore autonomo per rispondere a esigenze sopravvenute con prestazioni e modalità esecutive da coordinare di volta in volta con il contesto organizzativo dell'impresa. Anche la possibilità di reiterare il medesimo contratto, che appare consentita dal disposto del d.lgs n. 276/2003 [Castelvetri 2004, 157; Persiani 2005, 22; Proia, 2004, 672; Lunardon 2004, 66; De Luca Tamajo 2003, 18; Leone 2004, 94; Santoro Passarelli, G. 2004, 40], di per sé non è in grado di incidere sulla natura dell'obbligazione dedotta in ogni contratto che ben può e deve essere un'obbligazione di risultato. L'esigenza aziendale cui è finalizzata la prestazione non deve necessariamente avere caratteri di eccezionalità o transitorietà, ciò che impone l'art. 61 è che in ogni caso la prestazione del lavoratore risponda a effettivi caratteri dell'adempimento istantaneo e dell'autonomia nell'esecuzione e non sia invece fittiziamente caratterizzata in tal modo attraverso l'artificioso frazionamento di una più ampia prestazione di durata [Ghera 2005, 206; Viscomi 2004, 322]. Ciò che è invece strutturalmente incompatibile con la natura dell'obbligazione di risultato (e pertanto inammissibile per il lavoro a progetto) è soltanto la proroga del medesimo contratto, giacché la sua durata deve necessariamente coincidere con la realizzazione dell'opera o del servizio convenuto, realizzando un inadempimento la mancata realizzazione entro il termine eventualmente determinato dalle parti⁵¹⁹.

Compatibile con la ricostruzione del lavoro a progetto come obbligazione *uno actu* è il dettato dell'art. 63 secondo cui "il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tener conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto". Tale previsione è comunque compatibile con la previsione di un contratto ad adempimento istantaneo perché nulla dice sulla ripartizione del rischio contrattuale limitandosi a enunciare una misura minima della controprestazione ma senza incidere sulle condizioni dell'adempimento che

⁵¹⁹ A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, cit., p. 714; C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 367; V. Pinto, *Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, cit., p. 345 ritengono che non possa ritenersi lecita la reiterazione del medesimo contratto per rispondere a esigenze ricorrenti o stabili dell'impresa in quanto si realizzerebbe in violazione dell'art. 1344 cod. civ. un'elusione della disciplina del lavoro a progetto che intenderebbe circoscrivere il ricorso a questo tipo di rapporto soltanto per rispondere a esigenze temporanee dell'organizzazione produttiva.

comportano il maturare del diritto a detta controprestazione così come - in misura diversa - previsto dall'art. 2225 cod.civ. [Viscomi 2004, 324; G. Santoro Passarelli 2005, 107 e s.].

Neppure le previsioni dell'art. 66 in merito alle ipotesi di malattia, infortunio e gravidanza del lavoratore impongono di ritenere la previsione della durata del rapporto quale termine del contratto [*contra* Perulli 2004a, 101; Pinto 2004, 329; Ichino 2005, 142]. La norma, infatti, prevede che la malattia e l'infortunio comportino *"la sospensione del rapporto"*, sancendo in tal modo l'illegittimità di qualsiasi risoluzione del rapporto per l'intervento di questi eventi, anche qualora sia stata convenuta la possibilità del recesso *ad nutum* con preavviso, come permette l'art.67. In questi casi la sospensione non comporta alcuna proroga della durata del contratto, che è destinato a estinguersi alla sua scadenza e cioè al momento della realizzazione del progetto (o del programma o della fase di programma) oppure al raggiungimento della data eventualmente convenuta dalle parti quale termine essenziale per l'adempimento. Seppur si tratti di un'obbligazione ad adempimento istantaneo non si può ritenere del tutto indifferente al fine di valutare la condotta *"preparatoria"* del lavoratore a progetto considerato che la stessa obbligazione è comunque a *"esecuzione prolungata"* ed è il risultato dell'attività *"prevalentemente personale"* di questi. Orbene, il prolungarsi eccessivo della sospensione del rapporto con estrema probabilità finirebbe per inficiare la tempestività dell'adempimento della prestazione d'opera che il committente necessita di utilizzare quale parte del suo ciclo produttivo; il legislatore sarebbe stato eccessivamente miope se avesse lasciato al committente soltanto la possibilità del risarcimento del danno qualora al raggiungimento del termine il lavoratore a progetto non avesse adempiuto, rischiando così di arrestare il processo produttivo dell'impresa e – a quel punto - non poter neppure più ricorrere utilmente all'opera di un altro lavoratore a progetto. Ben si comprende, allora, che l'art. 66 abbia dettato una soglia convenzionale di tollerabilità della sospensione del rapporto (*"... un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile"*) oltre la quale il committente ha il diritto di recedere così da aver la possibilità di reperire tempestivamente, ma per altra via, il servizio o il bene di cui necessita la sua organizzazione produttiva, piuttosto che dover tentare di rivalersi del danno patito nei confronti di un soggetto che si è trovato nell'impossibilità di adempiere per cause con estrema probabilità a lui non imputabili (appunto lo stato di malattia o infortunio) e che – anche in caso di condanna – con altrettanto estrema probabilità non avrebbe la capacità patrimoniale di risarcire il danno economico diretto e conseguente cagionato all'impresa. D'altronde anche nel caso del contratto d'opera (art. 2224 cod.civ.) si presuppone che il committente possa verificare in fase di esecuzione l'adempimento a regola d'arte, concedendo così un termine al debitore per l'adeguamento. O ancora nel caso dell'appalto d'opera a norma dell'art. 1655 cod.civ., di cui non si può certo dubitare la natura di contratto ad esecuzione istantanea, il committente ha il diritto di verificare in ogni momento l'evolversi dei lavori e di risolvere il contratto qualora siano condotti con modalità tali da non osservare, o da non poter in alcun modo osservare in seguito, tempi e modalità dell'esecuzione convenute (cfr. art. 1622 cod.civ.).

Anche la precisazione del primo comma dell'art. 66 che la sospensione è *"senza erogazione del corrispettivo"* non è incompatibile con la ricostruzione dell'obbligazione del lavoratore a progetto come obbligazione di *"risultato"* o più propriamente *"a esecuzione istantanea"*. Il tenore dell'art. 2225 cod.civ. conforta, ovemai se ne dubiti, nel senso che anche nel caso di *contratto d'opera* le parti possono liberamente convenire sia di quantificare il compenso dovuto in relazione non già al risultato, ma al tempo di lavoro impiegato dal prestatore per realizzarlo, sia che venga erogato

al lavoratore alla scadenza di unità temporali concordate [Oppo 1943, 172; Ichino 1984, 24]. La precisazione della norma descrive un effetto che consegue ai principi generali dei contratti a prestazioni corrispettive: la sospensione del rapporto comporta la sospensione delle rispettive obbligazioni delle parti, l'interruzione della prestazione dell'attività da parte del lavoratore a progetto per un verso e della erogazione del corrispettivo da parte del committente (se quantificato in relazione alla quantità di lavoro) per altro verso.

L'unica previsione realmente incoerente sul piano sistematico con la ricostruzione del lavoro a progetto quale contratto a esecuzione istantanea è quella del comma 3 dell'art. 66 secondo cui, a differenza delle ipotesi di infortunio e malattia, *"In caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di 180 giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale"*. In tal caso, però, l'aporia rispetto al sistema è ampiamente giustificata dall'assoluto rilievo che la Carta costituzionale e la giurisprudenza della Consulta riconoscono alla tutela della salute della lavoratrice in gravidanza e puerperio e del nascituro/neonato. La norma, pur nel rispetto della copertura costituzionale della sua finalità di protezione, non può comunque che essere interpretata nel senso che la proroga operi esclusivamente nelle ipotesi di termine non essenziale o essenziale solo per il profilo soggettivo, perché la volontà negoziale espressa dalle parti gli ha conferito il carattere dell'essentialità [Bianca 1994, 319], e non anche nelle ipotesi di termine oggettivamente essenziale, quando cioè solo il rispetto del termine consenta il soddisfacimento dell'interesse del creditore, che altrimenti viene totalmente e irrecuperabilmente meno (si pensi all'esempio che ho sopra indicato della collaborazione alla redazione di parti esecutive di un progetto da consegnarsi in termine utile per una gara di appalto).

È di tutta evidenza, dunque, che la fattispecie del lavoro a progetto tipizzata dal d.lgs. n. 276/2003 non è affatto coincidente con quella della collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.: tra le due intercorre un rapporto di *species a genus*, la prima è ricompresa nella seconda ma è una fattispecie dai contorni assai più circoscritti. Sebbene l'attività del lavoratore a progetto è condizionata nei tempi e nelle modalità di esecuzione dalle esigenze di coordinamento con l'organizzazione dell'impresa nel cui ciclo produttivo deve potersi utilmente collocare, possono essere oggetto del nuovo tipo contrattuale soltanto quelle obbligazioni che necessariamente realizzino un "risultato", inteso quale bene o servizio compiuto e dotato di una sua "alterità" rispetto al mero *facere* del lavoratore impiegato per realizzarlo o fornirlo. Non deve cioè costituire – utilizzando la definizione della proposta di legge D'Antona per individuare l'area comune dei rapporti di lavoro cui andrebbe applicato il regime comune a tutti i contratti di lavoro nell'impresa (cfr. art.1) – "una prestazione lavorativa prevalentemente personale ... coordinata nel ciclo della produzione o nell'organizzazione del servizio come fattore normale e costante dell'attività dell'impresa altrui". Si pensi a un *designer* che realizzi uno o più progetti grafici per una rivista, a un fotografo che realizzi reportage fotografici su soggetti e luoghi richiesti dal committente, all'informatico che progetti il sistema di sicurezza di una rete informatica aziendale, al consulente che conduca un progetto di formazione manageriale per tutti i quadri e i dirigenti aziendali.

Occorre condividere quindi la notazione descrittiva di Napoli [2004, 599e s.] secondo cui "Mediante il lavoro a progetto l'imprenditore si ritira dal suo essere datore di lavoro per acquistare sul mercato dei beni e dei servizi in via continuativa il risultato del lavoro autonomo descritto dal progetto ... Il legislatore pensa a veri e propri lavoratori autonomi che accettano la sfida del mercato ... con il lavoro a progetto, siamo di fronte a soggetti che possiamo definire agenti della

produzione, artigiani dei servizi, appaltatori senza impresa, auto-organizzatori della prestazione, esecutori di un progetto altrui". Non si comprende, però, in che forma si potrebbe esplicitare questa attitudine imprenditoriale del lavoratore a progetto privo che presta un'attività personale senza avvalersi di una articolata organizzazione produttiva se non nell'assunzione del rischio del risultato della stessa prestazione.

Il lavoro a progetto afferma se ben si vede una nozione di lavoratore autonomo del tutto analoga a quella che è giunta a enucleare la giurisprudenza della Corte di giustizia in applicazione dei principi di libera circolazione⁵²⁰ e di libera concorrenza nel mercato unico⁵²¹: il lavoratore autonomo quale imprenditore individuale che si avvale prevalentemente della sua attività personale per la prestazione di beni e servizi sul mercato⁵²²; specularmente la Corte ha progressivamente svalutato il carattere dell'eterodirezione nel qualificare il lavoratore "subordinato" per apprezzare invece gli elementi dell'assenza del rischio imprenditoriale e della capacità di offrire direttamente sul mercato i propri beni e servizi a una pluralità di committenti. Valutando in base a questa nozione ben si spiega perché la stragrande parte dei collaboratori dell'impresa, inseriti organicamente nella sua organizzazione produttiva sebbene non soggetti al vincolo giuridico della subordinazione, sono considerati da questa giurisprudenza alla stregua di lavoratori dipendenti: questi costituiscono risorse umane di cui si avvale l'impresa ma non offrono nessun bene o servizio sul mercato, è solo l'impresa che ingloba la loro prestazione professionale nel processo di produzione degli *output* che vengono offerti al mercato [Ichino 2000, 52 e ss.; Lunardon 1998].

7. Le collaborazioni coordinate e continuative non "riconducibili" a progetto.

Il ridotto ambito di applicazione della fattispecie del lavoro a progetto pone il complesso problema di comprendere quale sia il destino di tutte quelle collaborazioni che prevedendo quale obbligazione del lavoratore una *necessitas faciendi* non possono certo esser ritenute "... riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso".

L'art. 69 del d.lgs 276/2003 prevede che *"I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"*.

Il dato testuale appare di assoluta chiarezza: il lavoro autonomo prestato in modo coordinato e continuativo in favore dell'impresa qualora non sia rispondente ai caratteri sostanziali e formali del lavoro a progetto deve considerarsi (giacché non lo è in quanto privo del carattere della eterodirezione) come un rapporto di lavoro subordinato e quindi soggetto alla medesima disciplina

⁵²⁰ Cfr. Corte di giustizia, sent. 12 maggio 1998, C 85/96, *Martinez Sala c. Freistaat Bayern*, in Raccolta, 1998, p. 2691; Corte di giustizia, sent. 8 giugno 1999, C 337/97, *Meeusen c. Hoofdirectie van de Informatie Beheer Groep*, in Raccolta, 1999, p. 3289; Corte di giustizia, sent. 23 marzo 2004, C 138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for work and pensions*, in Raccolta, 2004, p. 2703.

⁵²¹ Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 dicembre 1975, *Suiker Unie*, in Raccolta 1975, p. 1663; Corte di giustizia, sent. 16 settembre 1999, *Becu*, in Raccolta 1999, p. 5665.

⁵²² L'indice di imprenditorialità è sostanzialmente il criterio principe dell'*economic reality test* adottato nell'ordinamento inglese per applicare la regolazione dell'*employment contract* (cfr. S. Deakin – G. Morris, *Labour Law*, London, Butterworths, 2001, 160) ed è da tempo proposto dalla dottrina tedesca quale criterio di qualificazione al fine di aggiornare la nozione di lavoratore subordinato (cfr. A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, oggi, cit., p. 256; T. Vettor *infra* in questo volume).

legale dettata dall'ordinamento per quest'ultimo [Ichino 2005, 145]. Secondo una tecnica già da lungo tempo conosciuta dal diritto del lavoro italiano⁵²³, la norma detta in questo modo una presunzione assoluta [Pizzoferrato 2004; Perulli 2004a, 112; Pedrazzoli 2004, 54] o, se si preferisce, una finzione giuridica⁵²⁴ che impone di considerare una situazione di fatto equivalente ai fini regolativi ad un'altra situazione indubitabilmente diversa nella realtà fenomenologica. È ormai indiscusso in dottrina che il ricorso alle presunzioni legali assolute non interviene sulla disciplina processuale e della ripartizione della prova, ma, non ammettendo alcun tipo di prova contraria, interviene in effetti sulla disciplina sostanziale, modellando la fattispecie cui l'ordinamento destina una predeterminata qualificazione e regolazione giuridica⁵²⁵.

Il legislatore, dunque, ha operato in tal modo, per addizione, una modifica dell'art. 2094 cod.civ. o – più correttamente – un ampliamento dell'area di applicazione della disciplina legale in precedenza dettata in via esclusiva per la regolazione della fattispecie del lavoro subordinato di cui

⁵²³ Art.1 co. 3 legge n. 1369/60 v. O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001; il ricorso alla presunzione legale ai fini di qualificazione della natura subordinata del rapporto di lavoro è ampiamente utilizzata dall'ordinamento francese cfr. A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, cit., p.242; T. Vettor, *infra* in questo volume

⁵²⁴ Cfr. M. Taruffo, *Presunzioni*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, 1991, Roma, vol. XXIV, p. 2, rileva che "... la tradizionale distinzione tra presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche, fondata sul fatto che il legislatore nel formulare una norma si sia o meno ispirato all'*id quod plerumque accidit*, perde di significato se si tien conto di quanto si è detto finora. In entrambi i casi, infatti, le norme disciplinano direttamente un determinato aspetto della fattispecie legale sostanziale, senza affermare espressamente la verità "presunta" o "finta" di un fatto"; V. Andrioli, *Presunzioni*, (*dir. proc. civ.*), in Novissimo digesto italiano, vol. XIII, Torino, 1966, 767; G. Fabbrini, *Presunzioni*, in Digesto discipline privatistiche, vol. XIV, Torino 1996, 282. *Contra* S. Patti, *Prova testimoniale. Presunzioni*, in Commentario al codice civile Scialoja Branca, artt. 2721 – 2729, Bologna-Roma, 2001, p. 127, il quale continua a segnare un distinguo tra presunzione assoluta e finzione che però è solo formale e privo di effetti giuridici: "... nel caso delle presunzioni che non ammettono prova contraria, il ragionamento che porta a ritenere vero il fatto ignorato è considerato dalla legge talmente forte, e quindi la probabilità che il fatto sia vero talmente alta, che il legislatore non reputa conveniente ammettere la prova contraria. Ciò sta per semplificare il giudizio, sia per impedire che, attraverso il ricorso a prove contrarie non veritiere, il falso prevalga sul vero. Nel caso delle finzioni viceversa, esiste una precisa consapevolezza che il fatto considerato vero o accaduto in realtà non è vero o non è accaduto. In effetti il legislatore equipara un fatto ad un altro a seguito di una valutazione di interessi e di valori".

⁵²⁵ Cfr. M. Taruffo, *Presunzioni*, cit., pp. 1 e 2, il quale chiarisce che "Si ritiene comunemente che le presunzioni legali assolute siano un fenomeno che rientra nella disciplina della fattispecie legale sostanziale e non investe le modalità processuali relative all'accertamento giudiziale di tale fattispecie ... Anche l'esclusione della prova contraria alla presunzione assoluta non è fenomeno di natura processuale: in realtà, si tratta soltanto di escludere l'eventualità che, provando un determinato fatto, la parte possa far venir meno i presupposti per l'esistenza dell'effetto giuridico previsto dalla norma. Si tratta, quindi, di una tecnica normativa diretta a rafforzare il rigore della disciplina sostanziale della fattispecie, sottraendola alla disponibilità dei soggetti interessati, che tuttavia prescinde dal fatto che la spiegazione della norma stia in una presunzione del legislatore"; G. Fabbrini, *Presunzioni*, cit., p. 281, che afferma che la presunzione assoluta "... nasce sulla base di un riconoscimento di equivalenza tra fatti, si concreta in una modificazione della matrice degli effetti sostanziali all'interno della fattispecie, opera come strumento di individuazione dei comportamenti dovuti ... la facilitazione probatoria è un effetto consequenziale di quella modificazione della fattispecie sostanziale che la norma ha attuato e non l'effetto diretto della presunzione. Il tema di prova rispecchia fedelmente la fattispecie sostanziale, modificata l'una si modifica anche l'altro. La presunzione assoluta si pone come pura disposizione legale, cosicché l'esplicitazione del collegamento tra i fatti individuato dal legislatore potrà eventualmente servire ad individuare la *ratio legis*, ma avremo comunque l'indicazione di un fatto come direttamente costitutivo dell'effetto"; F. Cordopatri, *Presunzione. Teoria generale e diritto processuale civile*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 290; G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 220 e s.; A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 14 e ss. Sul punto si esprime nello stesso senso anche S. Patti, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., secondo cui nel caso delle *praesumptiones iuris et de iure* "... si tratta in realtà di regole di diritto sostanziale espresse in forme di presunzioni" (p. 108), "... esse non hanno alcuna efficacia probatoria o di ripartizione dell'onere della prova, trattandosi piuttosto di norme di diritto materiale che prevedono conseguenze di tipo sostanziale. Esse pertanto, come già rilevato, non incidono sul convincimento del giudice, poiché si limitano a produrre certi effetti sulla base di determinati fatti, senza che venga espresso alcun giudizio (o venga compiuto alcun accertamento) circa la verità del fatto (pp. 125 e s.).

all'art. 2094 cod.civ.⁵²⁶. Ma, se come abbiamo già rilevato “la fattispecie è per gli effetti”, la prima indica l'ambito di applicazione di un regime giuridico ed è a sua volta da questo connotata così che fattispecie e regolazione giuridica di questa sono inscindibili, può affermarsi che la novella ha comportato l'instaurarsi di una nuova fattispecie, che ricomprende sia il lavoro eterodiretto che la collaborazione coordinata e continuativa. Questi ultimi due sono divenuti sottotipi del medesimo tipo contrattuale che individua l'applicazione dello stesso regime giuridico per ogni *facere* personale, eterodiretto o coordinato, prestato verso retribuzione alle “*dipendenze*” dell'impresa, e cioè in rapporto di “inserimento organico” e continuativo nel ciclo produttivo di un'organizzazione imprenditoriale.

Proprio il carattere dell'inserimento organico, che era stato svalutato dalla dottrina quale elemento realmente qualificatorio della fattispecie di cui all'art. 2094 cod.civ. a vantaggio del carattere dell'eterodirezione della prestazione di lavoro, riassume così una nuova e relevantissima capacità selettiva dell'ambito di applicazione del regime legale originariamente dettato dall'ordinamento per il solo lavoro subordinato e ora, invece, esteso anche al lavoro coordinato e continuativo in adempimento di una mera obbligazione di *facere* che non può essere ontologicamente circoscritta alla realizzazione di un bene o di un servizio finiti [Magnani-Spataro 2004, 5]. Una tale soluzione invero era stata già prospettata da Ferraro come auspicabile riforma legislativa [1982, pp. 1-35] e da Napoli persino quale corretta esegesi delle norme codicistiche senza la necessità dell'intervento del legislatore [1996].

La nuova fattispecie disegnata dal legislatore non coincide con quella ipotizzata dalla proposta di Alleva di “*lavoro sans phrase*” che ricomprende al suo interno quello che – secondo l'interpretazione che ho sopra proposto – va oggi qualificato come “lavoro a progetto”. In quella proposta, infatti, “*con il contratto di lavoro, il prestatore si obbliga, a fronte di retribuzione, a collaborare in modo esclusivamente o prevalentemente personale, e in via continuativa, all'attività altrui, in connessione funzionale con l'organizzazione del datore di lavoro*” (art. 1). Il lavoro a progetto coincide piuttosto nella metafora proposta dallo stesso Autore dei due “cerchi concentrici” con il “cerchio” interno occupato dalla più ristretta fattispecie di quello che lì viene definito “*contratto di lavoro con inserimento organico*” (cfr. art. 6).

⁵²⁶ In q. senso anche se senza sviluppare l'analisi degli effetti sulle fattispecie C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 367; M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giornale di diritto di lavoro e di relazioni industriali*, 2004, p. 601, invece, riguardo il disposto dell'art. 69 co. 1 del d.lgs. n. 276/2003 afferma che “non si tratta di una qualificazione *ex lege* di un contratto autonomo che diventa subordinato, ma di un indice sintomatico della scelta di un tipo legale alternativo ... Si sarebbe dovuto pervenire allo stesso risultato anche senza norma. Essa ha il significato di ribadire quanto già ricavabile dall'art. 2094; il lavoro subordinato è il tipo legale, cioè la soluzione strutturale, predisposto dall'ordinamento per l'esercizio dell'impresa”. L'A. ripropone così la lettura dell'art. 2094 cod.civ. che aveva già lucidamente formulato in passato valorizzando il riferimento testuale alla “collaborazione” [M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in *Idem, Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, Giappichelli, pp. 40 e ss.], secondo la quale “... è lavoratore subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a eseguire personalmente e continuativamente (durevolmente) un'attività professionale (a esplicitare la propria attività professionale in relazione alle mansioni convenute) nell'organizzazione predisposta e diretta dal datore di lavoro”. Tale interpretazione, però, non ha trovato consensi nella giurisprudenza e nella dottrina maggioritaria e invece ora sembrerebbe fatta propria dal legislatore attraverso le previsioni del d.lgs. n. 276/2003. Napoli, rifacendosi a delle intuizioni espresse da L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, 17, sostiene che nell'art. 2094 cod.civ. dipendenza e eterodirezione non costituiscono un'endiadi: mentre il primo ne è l'elemento essenziale il secondo è soltanto un elemento identificativo della subordinazione, un modo di essere in cui quest'ultima normalmente ma non necessariamente si esplica. La “dipendenza” intesa come inserimento organico e continuativo nell'impresa e la “direzione” intesa non già quale eterodirezione della prestazione di lavoro bensì quale potere di determinare dinamicamente l'assetto organizzativo complessivo dell'impresa sarebbero in realtà i veri elementi ineludibili della “subordinazione”.

La novella ha quindi realizzato - per una sorta di reazione a catena delle fattispecie originarie - un sistema che offre un'elevata protezione a tutti i lavoratori, sia eterodiretti che coordinati e continuativi, "organizzativamente" dipendenti dall'impresa. Occorre chiarire però che quest'area di protezione non ricomprende al suo interno tutti i lavoratori "economicamente dipendenti" o il *contract labour*, secondo le definizioni proposte dall'OIL; tra questi ultimi vanno infatti annoverati a pieno titolo sia i lavoratori a progetto che i lavoratori autonomi "non occasionali", coloro cioè che periodicamente o continuativamente prestano servizi e beni all'impresa l'esecuzione dei quali non richiede alcun coordinamento con l'organizzazione d'impresa, qualora si trovino in un rapporto fattuale di monocommittenza o quasi con l'impresa. Questi ultimi, sebbene siano potenzialmente esposti dalla loro "dipendenza economica" alla minaccia di "abusi" da parte dell'impresa monocommittente che faccia valere nei loro confronti il suo potere di mercato, possono soltanto valersi dei diritti eccessivamente ridotti loro attribuiti rispettivamente dalla disciplina degli artt. 61 e ss. del d.lgs 276/2003 e dalla disciplina codicistica di cui agli artt. 2222 e ss. cod.civ.

Sorprendentemente l'ordinamento offre oggi una tutela più intensa alle imprese subfornitrici di beni e servizi di un monocommittente, che a questi lavoratori che si trovano nella medesima condizione fattuale seppur impegnando esclusivamente o prevalentemente il proprio lavoro personale. La legge 18 giugno 1998, n. 192, infatti, definisce il subfornitore come un imprenditore che "... si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente" [Renda 2000; Prosperi 1999; Barba 1999; Caso 1998; Caso e Pardolesi 1998]. Questa legge garantisce al subfornitore termini massimi di pagamento da parte del committente (art. 3), limitazioni di responsabilità contrattuale (art. 5), il diritto a un congruo preavviso in caso di recesso (art. 6), e soprattutto vieta "... l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" (art. 9).

8. Le vecchie collaborazioni coordinate e continuative "superstiti".

L'art. 61 del d.lgs n. 276 prevede infine che siano esclusi dal campo di applicazione della disciplina del lavoro a progetto una serie di rapporti di lavoro autonomo quantomai eterogenei. I casi di esclusione, infatti, sono individuati dal legislatore o in relazione alla tipicità legale del contratto o in relazione all'oggetto dell'attività o ancora in relazione a caratteri soggettivi del prestatore o del committente, indipendentemente dalle modalità di esecuzione della prestazione. In tutti i casi tassativi indicati dal legislatore continua a trovare integralmente applicazione il previgente regime giuridico.

In primo luogo le previsioni del capo I del titolo VII del d.lgs n. 276 non trovano applicazione alle "prestazioni occasionali" che sono specificamente individuate dal legislatore secondo due parametri quantitativi alternativi: una durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente o il cui compenso complessivamente percepito nel

medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro (art. 61 co. 2). Si tratta anche in questo caso di una presunzione legale assoluta di occasionalità del rapporto, ma il cui ambito di operatività rimane comunque circoscritto ai rapporti giuridici in cui non si registra la soggezione all'eterodirezione del committente che continuano ad essere qualificati come rapporti di lavoro subordinato a norma dell'art. 2094 cod.civ. anche se non superano tali soglie quantitative [Pizzoferrato 2004]. La tipizzazione delle "prestazioni occasionali" non comporta però che tutte le prestazioni di lavoro autonomo che si pongono al di sopra dei paramenti quantitativi dettati dal comma 2 dell'art. 61 debbano necessariamente esser ricondotte nell'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a progetto; a tal fine deve necessariamente sussistere anche l'elemento del coordinamento della prestazione all'organizzazione produttiva del committente, altrimenti troverà esclusivamente applicazione della disciplina codicistica di cui agli artt. 2222 e ss. cod.civ..

Questa esclusione può ritenersi ragionevolmente giustificata in quanto i ridotti limiti di tempo e di corrispettivo indicato la circoscrivono a tipologie di rapporti in cui il prestatore presta la sua attività in favore di una pluralità di committenti e non è possibile che si instauri una condizione di dipendenza economica da questi giacché il prestatore deve necessariamente praticare continuamente "il libero mercato" [Ichino 2005, 147].

Sono esclusi dall'ambito di applicazione della novella anche gli agenti e i rappresentanti di commercio (art. 61 co.1), coloro che esercitano professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali già esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, nonché i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I., come individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289⁵²⁷. In queste ipotesi è francamente difficile comprendere quale sia la ragione giustificatrice dell'esclusione⁵²⁸; sembra piuttosto che siano prevalse logiche corporative di privilegio in favore di alcune categorie di committenti e ciò espone a censure di illegittimità costituzionale sotto il profilo dell'irragionevolezza della disparità di trattamento [Perulli 2004b, 735; Ferraro 2004, 252].

L'art. 61 inoltre prevede espressamente che siano esclusi i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società⁵²⁹ e i partecipanti a collegi e commissioni. In questo caso il legislatore ha ritenuto di esplicitare un effetto che consegue naturalmente alla definizione del lavoro a progetto dettata dallo stesso art. 61. Questi incarichi, infatti, non comportano l'integrazione della prestazione personale nel processo produttivo dell'impresa, non possono cioè essere tecnicamente considerati "coordinati".

⁵²⁷ L'art. 90 della legge n. 289/2002 interessa soltanto i rapporti di carattere amministrativo gestionale di natura non professionale resi in favore delle società e associazioni sportive dilettantistiche a partire dall'anno 2003.

⁵²⁸ F. Lunardon, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, cit., p. 41 ritiene legittima l'esclusione delle professioni intellettuali in quanto "l'intellettualità della prestazione da sempre garantisce una particolare autonomia di movimento ... L'intellettualità della prestazione presenta profili di incompatibilità con le caratteristiche strutturali del lavoro a progetto, che richiede pur sempre la continuità e il coordinamento"; nel medesimo senso Ichino 2005, 147 secondo cui l'iscrizione agli albi professionali sarebbe indice di una posizione di forza contrattuale del collaboratore e della sua capacità di intrattenere rapporti con una pluralità di committenti, risultando così meno esposto al rischio della distorsione del monopsonio dinamico.

⁵²⁹ A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, p.737 rileva che adottando una interpretazione letterale sarebbero esclusi gli amministratori di enti e associazioni che in vece sono assimilati ai fini fiscali agli amministratori delle società dall'art. 49 comma 2 lett. a) del Tuir.

Anche a coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia continua a trovare applicazione il previgente regime delle collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c. In questo caso la posizione di inferiore dipendenza economica in cui si trova il lavoratore in virtù della disponibilità di uno permanente reddito aggiuntivo giustifica l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina [Ichino 2005, 147].

Infine "sopravvivono" le collaborazioni coordinate e continuative in favore delle pubbliche amministrazioni in virtù dell'esclusione di quest'ultime dall'ambito di applicazione di tutto il d.lgs. 276/2003, prevista dall'art.1 co.2. In questo caso l'esclusione mi sembra totalmente ingiustificabile alla luce del canone dell'art. 3 Cost. [Ichino 2005, 147; Zoli 2004, 365]. Non si può condividere, infatti, l'opinione secondo cui la giustificazione dell'esclusione andrebbe rinvenuta nell'assenza di rischio di elusione della disciplina del lavoro subordinato da parte delle pubbliche amministrazioni [Ghera 2005, 199; Lunardon 2004, 38]; è infatti dato di comune esperienza che sono proprio quest'ultime a praticare abusi sistematici per far fronte al blocco delle assunzioni annualmente imposto dalla legge finanziaria, protette dallo scudo dell'obbligatorietà dell'assunzione per via concorsuale di cui all'art. 97 Cost. che preclude l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato anche laddove il rapporto si sia concretamente atteggiato secondo tutti i caratteri dell'art. 2094 cod.civ.⁵³⁰.

9. Il "pentimento" del Governo e l'interpretazione riduttiva della riforma.

Il giudizio che mi sembra di dover esprimere su questa parte della Legge Biagi, pur con tutti i limiti della tecnica di redazione e delle incoerenze sistematiche, è complessivamente positivo. Anzi è proprio la disciplina del lavoro a progetto e la scossa tellurica con cui investe tutto il sistema giuslavoristico a dare dignità all'intervento riformatore. Questa, infatti, sembrerebbe segnare un momento di rottura con gli interventi che si susseguono dagli inizi degli anni '90 volti a incrementare la flessibilità del lavoro insistendo sulla flessibilità "marginale", cioè su quella flessibilità di cui l'impresa può godere ricorrendo a tipi o sottotipi contrattuali ai margini – almeno momentaneamente – della sua organizzazione [Rodano 2004, 439]. Si pensi appunto al massiccio ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative liberamente recedibili e senza alcun garanzia di sufficienza e proporzionalità del compenso, quando non simulano veri e propri rapporti di lavoro subordinato (a volte persino con la legittimazione sindacale, si pensi ai contratti collettivi stipulati per gli operatori telefonici dei *call center*), ai contratti formativi trasformati (prima dalla giurisprudenza e poi dal legislatore) in contratti di ingresso a termine per i giovani o per persone in condizioni di disagio sociale, alla progressiva liberalizzazione (o meglio considerata tale) dei contratti a termine. Una flessibilità che, se ben si analizzano gli effetti che ha prodotto e produce nelle organizzazioni produttive di medie e grandi dimensioni, si traduce in una flessibilità prevalentemente "generazionale" e "di genere" a danno degli aspiranti o dei neoentrati e delle donne [Rodano-Lamelas 2005]. Nel disegno riformatore, seppur in concreto realizzato in modo maldestro con inaccettabili incoerenze e mancanze di "equilibrio" nella redistribuzione dei poteri negoziali tra le parti, sembra però di poter ravvisare l'ambizione di cambiare registro: ricondurre a unità il regime

⁵³⁰ A. Perulli, *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, cit., p. 738, e P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, cit., p. 148, riferiscono di stime che quantificano in 500.000 unità i rapporti di collaborazione alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Questa quantificazione, però, contrasta con i rilevamenti Istat del 2004 (analizzati in dettaglio in questo volume da G. Altieri) che ricomprendono anche queste collaborazioni: si dovrebbe infatti ritenere che la quasi totalità dei rapporti di collaborazione sono stipulati con pubbliche amministrazioni.

di protezione dei lavoratori che prestano con continuità una prestazione di lavoro in seno all'impresa e importare in seno al tipo-standard una maggiore flessibilità strutturale [Zoli 2004, 370; Tiraboschi 2003, 108; Magnani 2003, 216; Ichino 2005, 148].

In realtà – se dovessimo dar credito all'interpretazione proposta dal governo della disciplina del lavoro a progetto - nulla di tutto questo. Il Governo all'indomani della pubblicazione del d.lgs. n. 276/2003 ha ritenuto di dover fare, o almeno tentare a ogni costo di fare, una precipitosa marcia indietro, lasciando soltanto l'acqua sporca e buttando via il bambino.

La circolare del Ministero del Lavoro n. 1 dell'8 gennaio 2004 è stata significativamente definita una "circolare di pentimento" [Vallebona 2004].

La circolare tenta di svalutare ogni rilievo sistematico attribuibile alla finalizzazione ad un *"risultato"* della prestazione del lavoratore a progetto accreditando indirettamente la tesi che l'art. 61 del d.lgs. n. 276/03 intenda far riferimento con questa espressione all'interesse del committente o al risultato finale del ciclo produttivo. Tradiscono questo intento le definizioni che vengono ivi offerte di progetto, programma o fase di esso; si legge infatti che *"il progetto consiste in un'attività ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione"*, invece *"il programma di lavoro consiste in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale; il programma di lavoro o la fase di esso si caratterizzano, infatti, per la produzione di un risultato solo parziale destinato ad essere integrato, in vista di un risultato finale, da altre lavorazioni e risultati parziali"*. Salvo poi tornare a finalizzare utilmente la prestazione del lavoratore alla produzione di un suo definito risultato laddove la circolare ministeriale precisa quali debbono essere i criteri di determinazione del corrispettivo; in tal caso allora *"la quantificazione del compenso deve avvenire in considerazione della natura e durata del progetto o del programma di lavoro, e cioè, in funzione del risultato che il collaboratore deve produrre. Le parti del rapporto potranno, quindi, disciplinare nel contratto anche i criteri attraverso i quali sia possibile escludere o ridurre il compenso pattuito nel caso in cui il risultato non sia stato perseguito o la qualità del medesimo sia tale da comprometterne l'utilità"*.

L'aspetto sconcertante però è l'*"escamotage interpretativo"* [Vallebona 2004, 295] che la circolare tenta di sostenere per depotenziare la portata riformatrice dell'art. 69 del d.lgs. 276. Secondo la circolare la previsione di questa norma, secondo cui i rapporti di lavoro privi della determinazione di un progetto o programma o non riconducibili a questi *"sono considerati rapporti di lavoro subordinato"*, detterebbe unicamente una presunzione c.d. relativa, si tratterebbe cioè di *"una presunzione che può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio prova della esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo"*. Le collaborazioni coordinate e continuative non rispondenti ai caratteri del lavoro a progetto, dunque, non sarebbero transitate nell'ambito di applicazione del regime giuridico del lavoro subordinato, ma continuerebbero a sussistere e – soprattutto – a esser disciplinate dal previgente regime giuridico [in q. senso Luardon 2004, 73; De Feo 2004, 660]. La novella per questo tipo di collaborazioni professionali avrebbe semplicemente operato un'inversione dell'onere probatorio: il datore di lavoro convenuto in giudizio sarebbe gravato dell'onere di fornire la prova dell'assenza della subordinazione, altrimenti se ne presume la sussistenza e il rapporto deve essere qualificato dal giudice come subordinato a norma dell'art. 2094 cod.civ.

Orbene, non si può che esprimere la medesima valutazione di un giurista che, pur estremamente

critico rispetto alla scelta normativa di applicare il medesimo regime giuridico del lavoro eterodiretto a quello coordinato tanto da invocare una pronuncia di illegittimità costituzionale della stessa, non ha potuto comunque far torto al suo rigore scientifico: “questa interpretazione ... è davvero insostenibile” [Vallebona 2004, 296].

Sebbene sia vero che costituisca un problema esegetico complesso distinguere in assenza di un'espressa qualificazione da parte del legislatore se si tratti di ipotesi di presunzione assoluta o invece di presunzione relativa⁵³¹, in questo caso l'interpretazione proposta dalla circolare si scontra frontalmente con il dato letterale e sistematico delle norme. Non vi è alcun appiglio testuale sul quale poter ricostruire in chiave di presunzione relativa il disposto del comma 1 dell'art. 69; è invece chiaro che questo intenda qualificare la fattispecie o, se si preferisce guardare l'altra faccia della medaglia, il regime giuridico applicabile e i suoi effetti. È stato ricordato come la stessa espressione “sono considerati” è difficilmente riconducibile alla formula “si presume che siano” [Pizzoferrato 2004; Bellavista 2004, 787] e d'altronde è stata già utilizzata nel passato dal legislatore proprio per perseguire il medesimo fine nel divieto di interposizione di forza lavoro⁵³². L'art. 61 impone (“devono”) la riconduzione delle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto, non lasciando così l'alternativa della sopravvivenza di queste secondo il previgente regime [Bellavista 2004, 788; Castelvetro 2004, 151], come chiarisce inequivocabilmente il successivo art. 86 secondo cui “*le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento*”.

Dal punto di vista sistematico sarebbe poi incomprensibile nel caso di sopravvivenza del vecchio regime delle co.co.co. sia la previsione delle ipotesi di esclusione, sia la concessione di un periodo transitorio per l'adeguamento, sia infine la *ratio* di escludere dalle tutele previste dagli artt. 61 e ss. proprio le collaborazioni non riconducibili a un progetto che espongono il lavoratore alla soggezione a un potere di coordinamento (e di condizionamento) potenzialmente più invasivo da parte del committente. Inoltre finirebbe per non avere alcuna ragion d'essere la previsione del comma 2 dell'art. 69 che invece disciplina espressamente l'ipotesi che, secondo la tesi del valore presuntivo dell'indicazione del progetto, dovrebbe proprio essere oggetto del comma 1: quella in cui il giudice debba accertare se il rapporto instaurato nelle forme del lavoro a progetto dissimuli un rapporto di lavoro subordinato [De Luca Tamajo 2004; Magnani-Spataro 2004, 7; Mezzacapo 2004, 28; Zoli 2004, 367; Vallebona 2004, 296; Santoro Passarelli G. 2004, 42, e 2005, 109; Napoli 2004].

Dai dati dell'indagine ISTAT sembrerebbe, però, doversi dedurre che la circolare ministeriale abbia totalmente rassicurato gli operatori del mercato del lavoro rispetto agli allarmi e alle cautele avanzate da gran parte della dottrina. Il 23 ottobre 2004 si è concluso il periodo transitorio concesso dal d.lgs n. 276 per la “trasformazione” delle vecchie co.co.co.; la legge (così come modificata dal d.lgs. n. 251/2004) concede un'ulteriore proroga del periodo transitorio sino al 23 ottobre 2005 esclusivamente nelle ipotesi in cui sia stato stipulato in sede aziendale un accordo

⁵³¹ Cfr. S. Patti, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., p. 87.

⁵³² Cfr. art. 1 co.5 legge n. 1369/60 (abrogato dallo stesso d.lgs. n. 276/2003) che prevedeva: “i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni”.

sindacale di transizione al nuovo regime con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ma – pur in mancanza di dati ufficiali - mi sembra che si possa presumere che questi accordi siano stati stipulati in numero assai limitato di casi, considerata la quasi totale assenza sinora della contrattazione collettiva per i co.co.co.. Le vecchie collaborazioni che per i caratteri dichiarati dagli intervistati (continuità del rapporto, quotidianità della prestazione nei locali aziendali, determinazione dell'orario da parte del committente, utilizzo di attrezzature fornite da quest'ultimo) sembrerebbero assolutamente incompatibili con il tipo del lavoro a progetto possono prudenzialmente stimarsi in 250.000 unità; ci si sarebbe pertanto aspettati, almeno nell'ultimo trimestre del 2004, di registrare una traslazione di una qualche consistenza numerica dei collaboratori o in direzione del lavoro subordinato o del lavoro autonomo o, come da molti temuto, verso l'economia sommersa. Invece, nulla si è mosso, il dato dell'ultimo trimestre non si discosta in modo sensibile da quelli degli altri trimestri. Il mercato del lavoro sembrerebbe aver così scelto la sua soluzione ermeneutica della riforma: le co.co.co. continuano a sopravvivere, tutto al più con qualche tocco di *maquillage* per adeguarle alle prescrizioni formali del lavoro a progetto⁵³³.

Anche la prima decisione giudiziale pubblicata ha integralmente adottato la lettura della riforma proposta dalla circolare ministeriale ravvisando nel disposto dell'art. 69 comma 1 una presunzione relativa che può essere vinta in giudizio dalla prova dell'assenza dell'eterodirezione da parte del committente⁵³⁴. Qualora, però, quest'interpretazione non dovesse celermente tradursi in un orientamento univoco o quantomeno maggioritario della giurisprudenza del lavoro, si prospetta un incremento del contenzioso sulla qualificazione dei rapporti di lavoro e del grado di incertezza e di disorientamento di imprese e lavoratori; risultato che sarebbe esattamente opposto a quello perseguito dalla riforma [Ichino 2005, 139; Bortone 2004, 143].

10. Incostituzionalità della riforma dei tipi contrattuali?

Alcuni Autori hanno ritenuto che, nonostante la forza delle argomentazioni testuali e sistematiche che militano a sostegno della tesi che la riforma del 2003 sia sostanzialmente intervenuta sulle fattispecie tipiche del rapporto di lavoro, questa debba essere scartata *a priori* perché finirebbe per porre la parte in esame del d.lgs n. 276/2003 in insanabile conflitto con il disposto costituzionale.

In primo luogo è stata paventata una inammissibile disponibilità del tipo legale del lavoro subordinato che la Corte avrebbe già censurato in passato⁵³⁵ [Vallebona 2004, 294; Lunardon 2004, 72; De Luca Tamajo 2003, 20; Perulli 2004a, 112]. Questa critica non mi sembra coglier il segno. In realtà il Giudice costituzionale in quelle pronunce non ha affatto affermato l'immodificabilità dei

⁵³³ I dati appaiono quindi confermare le meste considerazioni di P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi*, cit., p. 137 che lo inducono a prospettare due diverse letture della riforma in relazione alla prevedibile applicazione concreta da parte degli operatori (*law in action*) e – in contrapposizione – alla esegesi sistematica della stessa (*law in the code*) giacché "... il paese reale è scarsamente permeabile ai raffinati riti dottrinali e giurisprudenziali delle vestali del paese legale".

⁵³⁴ Cfr. Tribunale di Torino, sezione lavoro, est. dott.ssa Malanetto, sentenza del 15.4.2005, in Guida al lavoro, 2005, 22, pp. 53 e ss., la quale motiva l'adesione all'orientamento che ravvisa nel disposto dell'art. 69 comma 1 d.lgs n. 276/2003 una presunzione relativa sulla base della inconciliabilità con il disposto dell'art. 3 Cost. del diverso orientamento che invece vi ravvisa una presunzione assoluta. Adottando quest'ultima tesi – secondo il giudice – si realizzerebbe "... un grave *vulnus* al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, potendo arrivare ad imporre le specifiche e forti tutele del lavoro subordinato ad attività che in nessun modo abbiano concretamente presentato le caratteristiche che tali garanzie giustificano".

⁵³⁵ Cfr. Corte cost. nn. 121 del 1993, in Foro it., 1993, I, c. 2432 e 115 del 1994, ibidem, 1994, I, c. 2656.

tipi contrattuali da parte del legislatore ordinario, né tantomeno ha sancito una “costituzionalizzazione” del lavoro subordinato esclusivamente nelle forme sancite dall’art. 2094 cod.civ. La Corte ha invece affermato che una volta che il legislatore abbia disciplinato il tipo contrattuale del lavoro subordinato, cui la Carta costituzionale destina una particolare tutela, non può *ab imperio* stabilire che una categoria di rapporti contraddistinti soltanto per i soggetti che li hanno stipulati, ma in tutto corrispondenti agli elementi caratterizzanti quello stesso tipo contrattuale, sia sottratta dall’ambito di applicazione del regime giuridico (di rango costituzionale e ordinario) corrispondente qualificandola nominalisticamente in altro modo [D’Antona 1995; Pedrazzoli 1998, 546 e s.; Scognamiglio 2001]. Dunque il legislatore ben può ridisegnare in sintonia con le nuove esigenze di protezione del lavoro che si registrano nella realtà sociale le fattispecie tanto più se – come nel caso in esame – si è operato un ampliamento dell’ambito di applicazione del regime del lavoro subordinato e non certo una riduzione [Pizzoferrato 2004; Bellavista 2004, 788; Mezzacapo 2004, 26].

In secondo luogo si è lamentata la violazione sia dell’art. 35 Cost., secondo cui – si rammenta – “*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*”, sia degli artt. 2 e 41 Cost. a tutela della libertà di iniziativa economica. Assoggettando le collaborazioni coordinate e continuative alla disciplina del lavoro subordinato il legislatore avrebbe indebitamente vietato la possibilità di ricorrere a una delle forme di lavoro che invece è destinataria della tutela costituzionale [Vallebona 2004, 295], comprimendo conseguentemente anche la libertà di iniziativa economica dell’imprenditore che si esplica anche nella libera scelta delle modalità con cui organizzare la propria attività [Pedrazzoli 2004, 142]. Anche questi rilievi mi paiono infondati. L’interpretazione degli artt. 61 e ss. d.lgs n. 276/2003 che ho qui proposto non comporta affatto che sia preclusa la possibilità di avvalersi del lavoro coordinato e continuativo, dovendo necessariamente assoggettare a eterodirezione tutte le forme di lavoro inserite organicamente nell’impresa. Le parti possono liberamente concordare di sottrarre *in parte* o *in toto* il lavoratore all’obbligo di esser assoggettato al potere direttivo del datore e convenire individualmente o anche collettivamente diverse forme di coordinamento⁵³⁶. Questo tipo di contrattazione nel precedente regime avrebbe reso il rapporto non più riconducibile alla fattispecie del lavoro subordinato e avrebbe comportato l’applicazione di una diversa disciplina legale; ora, invece, che l’“inserimento organico”, in luogo dell’eterodirezione, deve ritenersi l’elemento indefettibile della fattispecie, si aprono spazi a una contrattazione di tal genere senza per questo dover accedere a tipi contrattuali e – soprattutto – a una regolazione legale completamente diversa rispetto a quella propria del lavoro subordinato. Una contrattazione della cui genuinità non si potrà in alcun modo dubitare giacché non potrà che avere una natura migliorativa per il lavoratore che avrà la possibilità di convenire ambiti di autonomia personale senza per questo perdere tutele legali [Alleva 2004, 336].

Nella proposta di riforma dell’art. 2094 cod.civ. avanzata dalla CGIL, sopra sinteticamente illustrata, già si è ipotizzato che in una fattispecie contrattuale dai contorni ampiamente più estesi si

⁵³⁶ Sostanzialmente nel medesimo senso mi sembra che si esprima P. Ichino, *L’anima laburista della legge Biagi*, cit., p. 145, laddove propone una lettura del primo comma dell’art. 69 secondo cui i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l’individuazione di uno specifico progetto, programma o fase di esso “... non sono di per sé *contra legem*, ma sono semplicemente assoggettati alla stessa disciplina dei rapporti di lavoro subordinato, pur restando legittima la pattuizione circa l’autonomia della prestazione, ovvero il non assoggettamento pieno a eterodirezione”.

possa negoziare individualmente la compressione delle forme di esercizio del potere direttivo datoriale; analogamente⁵³⁷ nel sistema edificato dal d.lgs n. 276/2003 il lavoratore è soggetto alla subordinazione secondo la disciplina legale, ma può liberamente contrattare con l'azienda - se chiaramente ne ha il potere contrattuale e vi è la disponibilità e l'interesse di questa - di prestare la propria attività con forme di coordinamento spazio-temporali e esecutive meno restrittive della sua autonomia.

In realtà nulla di così nuovo di quanto potrebbe sembrare a prima vista: il contratto collettivo dei giornalisti ha realizzato da anni per via negoziale un sistema molto simile. Questo CCNL prevede, infatti, la figura del "collaboratore esterno", la cui prestazione, pur affermandone la natura subordinata (o meglio sarebbe dire l'applicazione del regime legale del lavoro subordinato), è caratterizzata dalla "non quotidianità dell'opera", dalla "continuità della prestazione", dal solo "vincolo della dipendenza" e dalla responsabilità della copertura informativa di un settore in relazione al quale si impegna a "redigere normalmente e con carattere di continuità articoli su specifici argomenti o compilare rubriche" (cfr. art. 2 CNLG)⁵³⁸. Il godimento di tali ambiti di autonomia comporta del tutto legittimamente la previsione di una retribuzione minima inferiore rispetto a quella stabilita dal contratto collettivo per gli altri giornalisti che invece rimangono soggetti al potere di direzione nella sua interezza [D'Amati 1989].

Infine un attento commentatore ha rilevato che il ritenere che la novella abbia concretamente ridisegnato i tipi contrattuali legali comporterebbe una violazione dell'art. 76 Cost. giacché la legge delega non avrebbe conferito al Governo una così ampia facoltà [De Angelis 2004]. Anche questa osservazione non mi sembra realmente ostativa alla ricostruzione proposta⁵³⁹. L'ampliamento mediante addizione della fattispecie del lavoro subordinato è una scelta discrezionale del legislatore delegato che non trascende i criteri della delega conferita al Governo, ma piuttosto è necessitata da questi. La Corte costituzionale, infatti, ha più volte affermato in merito ai limiti della discrezionalità esercitabile dal Governo in attuazione di una delega legislativa che la disposizione di cui all'art. 76 Cost. "non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante; va escluso, infatti, che le funzioni del legislatore delegato siano limitate ad una mera "scansione linguistica" delle previsioni dettate dal delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di "riempimento" che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di

⁵³⁷ Nella proposta della CGIL si prevede, però, che eventuali accordi di limitazione dei poteri datoriali non possano dar luogo a trattamenti economico normativi inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi applicati agli altri lavoratori.

⁵³⁸ Cfr. Cass. Sez. Lav., sent. 3 febbraio 2005 n. 2142, inedita al momento; Cass. sez. lav., sent. 9 marzo 2004 n. 4797, in Repertorio del Foro italiano, 2004, voce *Lavoro(rapporto)*, n. 131; Cass. sez. lav., sent. 20 gennaio 2001 n. 833, in Giurisprudenza italiana, 2001, 2044; Cass. sez. lav., sent. 9 giugno 2000 n. 7931, in Foro italiano, 2000, I, 3147.

⁵³⁹ A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, cit., al contrario ravvisa una violazione dell'art. 76 Cost qualora si ritenga che la presunzione di cui al comma 1 dell'art. 69 abbia natura relativa e non assoluta in quanto non si sarebbe osservato uno dei criteri direttivi della legge delega n. 30/2003 che delegava il Governo ad adottare una "previsione di un adeguato sistema sanzionatorio nei casi di inosservanza di disposizione di legge" che non potrebbe realizzarsi attraverso una ripartizione degli oneri processuali della prova.

quella delegata"⁵⁴⁰.

Orbene la legge delega n. 30/2003 ha previsto che il legislatore delegato dovesse disciplinare le collaborazioni coordinate e continuative prevedendo la *"... stipulazione dei relativi contratti mediante un atto scritto da cui risultino la durata, determinata o determinabile, della collaborazione, la riconducibilità di questa a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso, resi con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, nonché l'indicazione di un corrispettivo, che deve essere proporzionato alla qualità e quantità del lavoro"* e soprattutto la *"riconduzione della fattispecie a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso"* (art. 4). Coltivare questa finalità di tipizzazione di una nuova fattispecie contrattuale comporta necessariamente, seppur in modo implicito, l'autorizzazione per il legislatore delegato a disciplinare il destino di quei rapporti di collaborazione i quali per un verso ontologicamente non rispondono ai caratteri che debbono esser propri di quella stessa fattispecie secondo le previsioni della legge delega, per altro verso non possono esser ritenuti per questo illeciti senza far confliggere insanabilmente il decreto legislativo con il disposto dell'art. 35 Cost..

Il vero problema non affligge la sistematica giuridica, ma la politica economica. Non si può eludere l'interrogativo se una tale riforma dei tipi contrattuali destini a "una sorta di pan-subordinazione tentacolare e soffocante" [Perulli 2003, 259] immettendo nel sistema una dose di stabilità dei rapporti di lavoro che non sarebbe compensata dagli istituti di flessibilità gestionale regolati dalla legge Biagi e sarebbe insostenibile per perdita di competitività ed efficienza [Treu 2003, 197]. Al proposito occorre, però, rilevare che più del 60% dei collaboratori risultano dai dati dell'indagine campionaria dell'ISTAT alle dipendenze di aziende al di sotto della fatidica soglia dei 15 dipendenti; questa quota di collaboratori godrebbero pertanto della sola tutela obbligatoria e non già di quella reintegratoria. La riforma potrebbe poi rilevarsi un'efficace leva di efficienza del sistema in un mercato in cui la competizione si vince principalmente con innovazione e qualità dei prodotti, evitando il ricorso a condotte opportunistiche da parte sia delle imprese, che non sarebbero più indotte ad adottare rapporti contrattuali inadeguati alle esigenze organizzative al solo fine di accedere ad ambiti di regolazione meno responsabilizzanti e onerosi o a non investire nella formazione del collaboratore facendogli scontare per intero il rischio d'impresa, sia dei lavoratori, che non potendo fare affidamento sulla continuità di un rapporto liberamente recedibile non si impegnano con diligenza, adottano condotte parassitarie e sono sempre in cerca di un altro impiego che assicuri loro maggiore stabilità.

Infine la riforma avrebbe l'indubbio merito di rispondere a un condivisibile obiettivo di equità sociale: non differenziare più i sistemi di tutela in relazione a individui (lavoratori subordinati e collaboratori organicamente dipendenti) che si trovano in condizioni sostanzialmente identiche e che pertanto meritano di esser regolate legalmente nel medesimo modo [Ichino 2005, 148 e s.].

Ciò non significa certo che non si debba più intervenire sapientemente sul costo complessivo della prestazione e chirurgicamente sulla flessibilità strutturale della nuova fattispecie inclusiva

⁵⁴⁰ Cost. Corte Cost. sent. 5 giugno 2003 n. 199 e sent. 3 luglio 2002 n. 308. Occorre rammentare poi che la Corte ritiene che sia rispettosa disposto dell'art. 76 Cost. anche una legge delega che detti esclusivamente il fine che il legislatore delegato deve perseguire lasciando a quest'ultimo la scelta tra le varie soluzioni normative alternative che possono esser adottate per perseguirlo cfr. Corte Cost. sent. 3 giugno 1998 n. 198; Corte Cost. sent. 28 ottobre 1998 n. 456; Corte Cost. sent. 6 aprile 1993 n. 141; Corte Cost. sent. 22 gennaio 1992 n. 4.

[Rodano 2004, 439; Rodano - Lamelas 2005, 161 e ss.].

11. Bibliografia.

Aa. Vv. [1997], *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento, autonomia*, Bari, Cacucci

Alleva, P. [2004], *Per una vera riforma del lavoro a progetto*, in G. Ghezzi, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, Ediesse, pp. 333-340

Andrioli, V. [1966], *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in Novissimo digesto italiano, vol. XIII, Torino

Autor, D.H. [2004], *Outsourcing at will: il contributo del principio della giustificazione del licenziamento all'incremento del ricorso all'esternalizzazione di manodopera*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2004, 459

Ballestrero, M.V. [1987], *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in Lavoro e diritto, 1987, pp. 41

Bellavista, A. [2004], Commento artt. 66-69 d.lgs. 276/2003, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, Padova, Cedam, pp. 771-791.

Berton, F. - Pacelli, L. - Segre' G. [2003], *Tra lavoro dipendente e lavoro parasubordinato: chi sono, da dove vengono e dove vanno i lavoratori parasubordinati*, working paper dell'Università di Torino Cerp, Laboratorio Revelli

Biagi M. e Tiraboschi M. [1999], *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori*, in Lavoro e Diritto, 1999, pp. 571

Bianca, M. [1990], *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè

Bianca, M. [1994], *La responsabilità*, Milano, Giuffrè

Bologna, S. – Fumagalli, A. (a cura di) [1997], *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Milano

Bonardi, O. [2001], *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, Angeli

Bortone, R. [2004], *Il lavoro parasubordinato*, in R. Bortone, C. Damiano, D. Gottardi (a cura di), *Lavori e precarietà*, Ediesse, Roma, pp. 137-147

Casale, G. [2004] *Il rapporto di lavoro subordinato: sfide e opportunità*, in Diritto delle relazioni industriali, pp. 648-664

Caso, R. [1998], *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in Rivista critica di diritto processuale, 1998, p. 243

Caso, R.- Pardolesi, R. [1998], *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Rivista di diritto processuale, 1998, p. 725

Castelvetri, L. [2004], *Il lavoro a progetto finalità e disciplina*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, pp. 137-171

- Coase R., [1937], *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, pp. 386-405
- Cordopatri, F. *Presunzione. Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, Milano, Giuffrè, pp. 264-302.
- D'Amati, D. [1989], *Il lavoro del giornalista. Legge, contratto collettivo, giurisprudenza*, Padova, Cedam
- D'Antona, M. [1995], *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, pp. 63 – 90; ora anche in D'Antona, M. [2000], *Opere*, vol. I, Milano Giuffrè, pp. 189 - 220
- Davies, P. [2000], *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, pp. 207-216
- De Luca Tamajo, R. - Persiani, M. - Flammia, R. [1996], *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per u nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Lavoro e Informazione*, 1996, pp. 75-88
- De Luca Tamajo, R. [2003], *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 25
- Del Punta, R. [2004], *Co.co.co. in transizione*, in <http://www.lavoce.info.it>
- Deakin, S.- Morris, G. [2001], *Labour Law*, London, Butterworths.
- Deakin, S. [2004], *Autonomia, subordinazione e lavoro economicamente dipendente*, in *Diritto delle relazioni industriali*, pp. 591-612
- De Feo, D. [2004], *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, pp. 646-662
- Fabbrini, G. [1996], *Presunzioni*, in *Digesto discipline privatistiche*, vol. XIV, Torino, pp. 279-293
- Ferraro, G. [1982], *Prospettive di revisione del libro V del codice civile*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, pp. 1-35
- Ferraro, G. [1998], *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1998, pp. 429-508
- Ferraro, G. [2004], *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, Giappichelli
- Fudge, J.- Tucker, E. – Vosko, L.F. [2004], *Lavoro subordinato o lavoratore autonomo una ricognizione della rilevanza giuridica della distinzione in Canada*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2004, pp. 613-647
- Gargiulo, U. [2004], *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, pp. 894-916.
- Giacobbe, G. – Giacobbe, D. [1996], *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 222-2228 cod.civ.*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, Giuffrè
- Ghera, E. [2005], *Sul lavoro a progetto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, I, 193-224

- Ghera, E. [2003], *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in U. Carabelli – B. Veneziani (a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, 2003, Bari, Cacucci, pp. 47-89
- Ghezzi, G. [1970], *Contratto di agenzia*, in Commentario al codice civile Scialoja Branca, Bologna-Roma, Zanichelli – ed. Foro italiano.
- Ghezzi, G. (a cura di) [1996], *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico*, Roma, Ediesse
- Gregorio, S. [1995], *La nozione di coordinamento della prestazione d'opera continuativa*, in Argomenti di diritto del lavoro, 1995, pp. 181.
- Ichino, P. [1984], *Il tempo nella prestazione di lavoro*, I, Milano, Giuffrè,
- Ichino, P. [1989], *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè
- Ichino, P. [2000], *Il contratto di lavoro*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè
- Ichino, P. [2003], *Il vero strappo è un'altra rigidità*, in Il Corriere della sera, 8 giugno 2003
- Ichino, P. [2005], *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in Giustizia civile, 2005, II, pp. 131 - 149
- Irti, N. [1979], *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè
- Leone, G. [2004], *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in Rivista giuridica del lavoro, 2004, 1, pp. 87-113
- Liso, F. [2003], *Lavori atipici e nuovi percorsi del diritto del lavoro*, in U. Carabelli – B. Veneziani (a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, 2003, Bari, Cacucci, pp. 91-111
- Lunardon, F. [2004], *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in Commentario al d.lgs. 10.9.2003 n. 276, coordinato da F. Carinci, 2004, Milano, Ipsoa, pp. 4-80
- Lunardon, F. [1998], *Subordinazione e diritto del lavoro in Europa*, in Europa e diritto, 1998, n. 1, p. 8
- Lunardon, F. [1990], *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1990, pp. 403-431
- Magnani, M. [2004], *Il diritto del lavoro tra universalità e flessibilità delle tutele*, in Diritto delle relazioni industriali, 2004, pp. 209-217
- Magnani, M. [2005], *Contratti di lavoro e organizzazione*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2005, pp. 121-136
- Magnani, M. – Spataro, S. [2004], *Il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 27
- Mancini, F., [1957], *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè
- Maresca, A. [2004], *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in Guida al lavoro, n. 4 allegato

- Mengoni, L. [1954], *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, Rivista di diritto civile, 1954, I, pp. 185-209 e II, pp. 280-382
- Mengoni, L. [1986], *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 1986, pp. 5 - 29
- Mezzacapo, D. [2004], *La fattispecie "lavoro a progetto"*, in WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 47
- Miscione, M. [2003], *Il collaboratore a progetto*, in Lavoro e giurisprudenza, 2003, pp. 818-823
- Napoli, M. [1996], *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in Idem, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, Giappichelli, pp. 3-65.
- Napoli, M. [2004], *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in Giornale di diritto di lavoro e di relazioni industriali, 2004, pp. 581 - 626
- Novella, M. [2004], *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in Lavoro e diritto, 2004, 1, pp. 116-148
- Oppo, G. [1943], *I contratti di durata*, Rivista di diritto commerciale, 1943, I, 143-180 e 227-250
- Oppo, G. [1944], *I contratti di durata*, Rivista di diritto commerciale, 1944, I, 17-46
- Patti, S. [2001], *Prova testimoniale. Presunzioni*, in Commentario al codice civile Scialoja Branca, artt. 2721 – 2729, Bologna-Roma, Zanichelli ed. Foro italiano
- Pedrazzoli, M. [1998], *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 1998, pp. 509-566
- Pedrazzoli, M. [2004], *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D.Lgs. 276/03*, in WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 29
- Persiani, M. [1998], *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in Diritto del lavoro, 1998, I, pp. 203 - 221
- Persiani, M. [2005], *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia* in Argomenti di diritto del lavoro, 2005, n. 1, pp. 1-25
- Perulli, A. [1996], *Il lavoro autonomo*, Milano, Giuffrè, 1996
- Perulli, A. [2003], *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2003, 2, I, pp. 221-270
- Perulli, A. [2004a], *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in Lavoro e diritto, 2004, 1, pp. 87-116
- Perulli, A. [2004b], *Commento artt. 61-63 d.lgs n. 276/2003*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, Padova, Cedam, pp. 708-754
- Pinto, V. [2004], *Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/2003*, 2004, Bari, Cacucci, pp. 311-347
- Pizzoferrato, A. [2004], *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in ILLeJ n. 1/2004, <http://www.labourlawjournal.it>

- Proia, G. [2003], *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, 3, pp. 665-675
- Prosperi, F. [1999], *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 639
- Renda, A. [2000], *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 243
- Rodano, G. [2004], *Aspetti problematici del d.lgs. 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *Giornale di diritto di lavoro e di relazioni industriali*, 2004, 41
- Rodano, G.- Lamelas M. [2005], *Regolazione e mercato del lavoro: un appraisal della "legge Biagi"*, in *Politica economica*, 2005, 1, pp. 131-164
- Santoro Passarelli, F. [1987] *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 35 ed.
- Santoro Passarelli, G. [2004], *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, pp. 27-48
- Santoro Passarelli, G. [2005], *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, pp. 95-113
- Supiot, A. [2000], *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, pp. 217-238
- Scognamiglio, R. [2001], *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, I, pp. 95 - 121
- Suppiej, G. [1982], *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da Mazzoni, IV, Padova, Cedam
- Taruffo, M. [1991], *Presunzioni*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, vol. XXIV
- Tiraboschi, M. [2003], *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *Guida al lavoro*, 2003, inserto n. 4, pp. 108-112
- Tiraboschi, M. [2004], *Il decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, pp. 3-31
- Treu, T. [2004], *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2004, 2, pp. 193-208
- Vallebona, A. [1988], *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam
- Vallebona, A. [2004], *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, pp. 293-297
- Verde, G. [1974], *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974
- Viscomi, A. [2004], *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. Ghezzi, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, 2004, Roma, Ediesse, pp. 316-332

Zilio Grandi, G. [2004], Commento artt. 64-65 d.lgs 276/2003, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, Padova, Cedam, pp. 755-771

Zoli, C. [2004], *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto di lavoro e di relazioni industriali*, 2004, n. 3, pp. 359-371

La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*

Gabriella Nicosia

1. Premessa	189
2. La ripartizione dei poteri datoriali tra somministratore ed utilizzatore: potere direttivo e potere disciplinare	190
3. I diritti del lavoratore: il principio di parità di trattamento	194
3.1 La deroga al precetto di parità	198
4. La responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore	200
5. L'obbligazione datoriale di sicurezza nei luoghi di lavoro ed i correlati diritti dei lavoratori somministrati	204
6. Le clausole dirette a limitare l'assunzione al termine dell'esecuzione del contratto di somministrazione: la regola	206
6.1. (segue)...L'eccezione	210

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 33/2005

1. Premessa

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha introdotto una normativa che regola un nuovo tipo di contratto commerciale definito “somministrazione di lavoro”⁵⁴¹. La sua disciplina, tuttavia, ripropone per molti versi alcune delle regole e prescrizioni contenute nella normativa previgente. Le nuove disposizioni normative presentano, pertanto, tratti di analogia con quelle contenute nelle leggi n. 196/1997 e n. 1369/1960, che ha inteso abrogare. In effetti, al pari del vecchio rapporto nascente dalla fornitura di mano d’opera di cui alla l. n. 196/1997, anche la somministrazione si caratterizza per la scissione tra la titolarità del contratto di lavoro (che si consolida in capo al somministratore) e l’effettiva utilizzazione del lavoratore (nell’interesse, sotto la direzione ed il controllo dell’utilizzatore) e, contestualmente, per l’assenza di vincoli contrattuali diretti tra impresa utilizzatrice e lavoratore somministrato.

Volendo anticipare almeno una delle conclusioni cui si intende pervenire, si può sin d’ora osservare come essa proponga, tra le novità meritevoli di rilievo, il tentativo di conciliare l’esigenza di rendere effettivo il disposto dell’art. 4 della Costituzione con la prescrizione, di pari dignità costituzionale (art. 3 Cost.), del principio di uguaglianza sostanziale dei lavoratori. Per un verso, infatti, la norma consacra il principio della parità di trattamento tra lavoratori permanenti e lavoratori temporanei - e questa volta con riferimento esplicito anche al trattamento normativo oltre che economico - ma, per altro verso, al fine di rendere più conveniente l’impiego di questi ultimi, introduce deroghe al principio medesimo per favorire, quindi, l’impiego dei lavoratori svantaggiati.

Il nodo cruciale che il legislatore delegato ha provato a sciogliere è rinvenibile nel bisogno di conciliare il diritto al lavoro con una disegualianza giustificata dal perseguimento, come scopo, di una *chance* occupazionale.

L’opzione cui si accede sul piano normativo sembrerebbe muovere verso la conciliazione tra la valorizzazione della valenza fortemente emancipatoria ed egualitaria del diritto al lavoro, di cui all’art. 4 cost., da un lato, e l’attuazione della lettura evoluzionista del medesimo, volta ad ampliarne la funzione integrazionista⁵⁴², dall’altro.

Sembrerebbe, in buona sostanza, accolta la prospettiva di un ripensamento della gerarchia dei valori costituzionali (nella specie diritto al lavoro ed eguaglianza) che ricolloca all’apice il diritto al lavoro “come viatico della dignità sociale e dell’eguaglianza sostanziale (che è l’obiettivo privilegiato delle politiche di adattamento)”⁵⁴³, all’interno del quale trova posto una visione mite della

⁵⁴¹ Per l’analisi del nuovo tipo di contratto, oltre ai contributi contenuti in questo Commentario, si rinvia, *ex aliis*, a ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, d.lgs 10 settembre 2003, n. 276, *Commentario*, Zanichelli, 2004, p. 257 ss; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO (a cura di), Cacucci, 2004; CARINCI M. T., *La somministrazione di lavoro altrui*, CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, entrambi in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda*, (a cura di) CARINCI M. T. e C. CESTER, Ipsoa, 2004; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, 2004.

⁵⁴² Sul punto v. CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più stato e meno mercato?*, *Dir. merc. lav.* (oggi *Dir. lav. mercati*), 2000, p. 312 ss; di recente pure ALAIMO, *I servizi all’impiego e l’art. 4 Cost. dopo le recenti riforme in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 249 ss.; sull’argomento resta fondamentale lo scritto di D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell’ordinamento comunitario*, in CARUSO e SCIARRA (a cura di), *Opere*, 1999 oggi 2000, vol. I, Giuffrè, p. 265 ss.

⁵⁴³ Così CARUSO, *op. loc. ult. cit.*, p. 314-315.

flessibilità intesa come differenziazione che non contrasta con la nuova lettura dei valori costituzionali.

Tuttavia, le potenzialità inclusive delle scelte tecniche effettuate potranno essere verificate solo nel tempo.

2. La ripartizione dei poteri datoriali tra somministratore ed utilizzatore: potere direttivo e potere disciplinare

Con riguardo all'esercizio dei poteri datoriali, la nuova disciplina non innova rispetto alle disposizioni previgenti relative al rapporto di lavoro interinale, limitandosi a ripetere la separazione funzionale del potere direttivo, che si configura in capo all'utilizzatore, e di quello disciplinare che spetta, invece, al somministratore. La dissociazione tra la titolarità del rapporto e la sua effettiva utilizzazione è coerente con le caratteristiche di un nuovo tipo contrattuale finalizzato a fornire un "servizio" che assicura la medesima utilità propria del lavoro subordinato e che, pertanto, deve essere organizzata dal destinatario finale della prestazione⁵⁴⁴.

A questo riguardo, pur dovendo rinviare *infra* ai commenti che affrontano il problema della qualificazione giuridica del rapporto di somministrazione, sembra opportuno accennare, senza alcuna pretesa di completezza, alle principali tesi formulate dalla dottrina rispetto a tale dissociazione dei tipici poteri datoriali. In particolare, ai fini di questo commento, è indispensabile verificare sulla base di quale meccanismo giuridico fosse possibile, già nel vigore della precedente disciplina, attribuire il potere direttivo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro *stricto sensu*, cioè l'utilizzatore che non è, appunto, la controparte contrattuale del lavoratore.

Le tesi più convincenti che, a tale proposito, si sono tradizionalmente contrapposte, sono quelle di seguito descritte.

La prima, confortata pure dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁴⁵, si fonda sull'idea che il lavoro temporaneo sia caratterizzato dal collegamento negoziale tra contratto di fornitura e contratto di lavoro con l'impresa fornitrice. Ciò significa che l'esercizio del potere direttivo da parte dell'utilizzatore si giustifica in quanto effetto giuridico di tale collegamento⁵⁴⁶.

Il secondo orientamento, invece, riconduce l'esercizio dei poteri datoriali da parte dell'utilizzatore ad una delega implicitamente conferita dall'agenzia titolare del rapporto di lavoro⁵⁴⁷. Alcuni

⁵⁴⁴ In questo senso SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, *Dir. rel. ind.*, 2004, spec. p. 312 ss.

⁵⁴⁵ Cass., sez. lav., 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Foro it.*, I, 2003, p. 1029, con nota di PERRINO.

⁵⁴⁶ DEL PUNTA, *La "fornitura del lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 209; PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *Riv. Giur. lav.*, 1999, I, spec. p. 246 ss; CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1999, III, spec. p. 65; TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, spec. p. 93; *amplius* ROMEI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, spec. pp. 107 -109; in generale *contra* ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit. spec.* p. 291 -294, che ritiene sbagliato parlare di collegamento, sia con riguardo alla vecchia disciplina che alla nuova, proprio a fronte del fatto che il contratto di lavoro stipulato dal somministratore ha una autonomia genetica e funzionale rispetto al contratto di somministrazione.

⁵⁴⁷ ALESSI, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in NAPOLI (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, spec. p. 1207; LUNARDON, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in NAPOLI (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico, op. ult. cit.*, spec. p. 1242; CARDONI, *Lavoro temporaneo in Francia e regolamentazione legislativa in Italia: un*

autori, affiancandosi, ma non uniformandosi, a quest'ultima lettura interpretativa, hanno attribuito al potere dell'utilizzatore (direttivo e di controllo) per un verso una particolare accezione nei termini del potere che si esercita "conformando un'obbligazione altrui"⁵⁴⁸ e, per altro verso, quella di un potere (organizzativo) la cui titolarità resta comunque in capo al datore di lavoro (somministratore/fornitore) ed il cui esercizio – questo sì affidato all'utilizzatore – si riverbera sul giudizio di adempimento dell'obbligazione di lavoro secondo un'autonoma valutazione del fornitore medesimo⁵⁴⁹.

La seconda impostazione, per la quale personalmente si propende, avrebbe il vantaggio di ritenere, sempre, e in ogni modo, responsabile l'agenzia di somministrazione nei confronti del lavoratore proprio perché parte del contratto di lavoro. Si pensi, ma l'argomento sarà approfondito *infra* nel paragrafo 5, alla possibilità di prospettare, in via residuale, una responsabilità in capo al somministratore relativa all'inadempimento dell'obbligazione datoriale di sicurezza; questo pur a fronte di un'esplicita previsione normativa che ne attribuisce invece la titolarità all'utilizzatore.

Tra le principali espressioni del potere direttivo si è soliti annoverare l'esercizio dello *ius variandi*. Sotto questo aspetto, l'art. 23 del d.lgs n. 276/2003 prevede, in capo all'utilizzatore, l'obbligo di comunicare per iscritto al somministratore la destinazione del lavoratore a mansioni differenti *non equivalenti*. Dalla formulazione ambigua della norma potrebbe dedursi la possibilità di adibire il lavoratore somministrato pure allo svolgimento di mansioni inferiori⁵⁵⁰.

Ciò parrebbe trovare conferma nel fatto che la medesima norma si preoccupa di prevedere uno specifico risarcimento per i casi di assegnazione a mansioni inferiori⁵⁵¹.

A fronte di tale disposto normativo e dei dubbi interpretativi sollevati, è possibile svolgere le seguenti riflessioni e al contempo provare a prospettare alcune possibili soluzioni interpretative:

A) La prima relativa alla possibilità, o meno, di muovere un addebito, e di che natura, in capo al somministratore, in caso di assegnazione a mansioni inferiori del lavoratore somministrato, non tempestivamente comunicate da parte dell'utilizzatore. A questo proposito, qualche autore ha sostenuto che, in effetti, è possibile prospettare l'esonero da *culpa in vigilando*⁵⁵² del somministratore, tutte le volte in cui non abbia ricevuto opportuna informazione dall'utilizzatore; con tale disposizione il legislatore avrebbe voluto, in buona sostanza, sostituire il regime generale della responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore con l'esclusiva responsabilità dell'utilizzatore. Al fine, però, di non compromettere le tutele accordate al lavoratore, si potrebbe prospettare una lettura che interpreti la norma in combinato disposto con il principio sancito

approccio comparato, Riv. giur. lav., 1997, I, p. 180; BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, 2001, p. 244; ID, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 137.

⁵⁴⁸ Cfr. CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2000, p. 358-359.

⁵⁴⁹ BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. lav.*, 2001, spec. p. 180-181.

⁵⁵⁰ Così CHIECO op. cit., p. 126; CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà*, in CARINCI M. T. E CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, op. cit.; PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in www.unicz.it/lavoro.

⁵⁵¹ In tal senso cfr. CHIECO, op. cit., p. 127; CIUCCIOVINO, op. cit., p. 100.

⁵⁵² Cfr. CHIECO op. ult. cit., p. 126.

nell'art. 23 comma 3 della norma in commento, relativo alla sussistenza di un vincolo solidale tra il somministratore e l'utilizzatore. Questo significa che pur individuando come obbligato in via principale l'utilizzatore, cui si dovrà quindi, per primo, chiedere l'adempimento, residuerà, comunque, in capo al somministratore un'obbligazione sussidiaria⁵⁵³ quale espressione del vincolo solidale derivante dall'art. 23, comma 3, menzionato. Si potrebbe, allora, sostenere che sia stato introdotto solo un ordine diverso dell'adempimento del debito, e non anche una riduzione delle azioni poste a tutela del lavoratore, al quale spetterebbe, comunque, il pieno soddisfacimento della propria pretesa creditoria.

B) La seconda concernente, invece, la possibilità, o meno, di prospettare l'introduzione di un regime speciale in deroga al regime generale previsto nell'art. 2103 cod. civ. che, come noto, dispone la nullità per le modifiche peggiorative. Il dettato normativo, in effetti, appare sul punto ambiguo e foriero di letture interpretative di diverso tenore⁵⁵⁴. Pur essendo prevista un'obbligazione risarcitoria che lascia presupporre la illegittimità dello *ius variandi in pejus*, non è al contempo previsto il ripristino dello *status quo ante* l'esercizio (illegittimo) di tale potere, e cioè la reintegrazione del lavoratore nelle precedenti mansioni che normalmente consegue all'applicazione del regime di cui all'art. 2103 cod. civ. Questo significa che il diritto del lavoratore ad essere adibito a mansioni equivalenti o superiori subisce, comunque, una *deminutio* di non poco momento⁵⁵⁵. Proprio per questa ragione, ed anche per il fatto che non è prevista alcuna motivazione o giustificazione per tale diverso regime sanzionatorio⁵⁵⁶, è possibile configurare una violazione dell'art. 3 della Costituzione per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto ai lavoratori ordinari⁵⁵⁷. Questo a meno di non ricorrere ad un'interpretazione estensiva dell'obbligo generale di parità di trattamento sancito al comma 1 della norma in commento in modo da rendere conforme la disciplina applicabile ai lavoratori somministrati con quella prevista per i lavoratori ordinari.

Nessun obbligo di comunicazione è configurabile, al contrario, per il caso di assegnazione a mansioni equivalenti. Ciò perché tale eventualità rientra nell'alveo del normale esercizio del potere direttivo del datore di lavoro. Tuttavia, quando il mutamento si riverberi sul trattamento economico e normativo dovuto al lavoratore, è possibile prospettare un dovere di comunicazione al somministratore nel rispetto dei generali doveri di buona fede e correttezza comportamentale;

⁵⁵³ Si veda *infra*, § 4, la ricostruzione della coobbligazione solidale tra somministratore ed utilizzatore; in questa direzione pure CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 101. Tuttavia, la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 7 del 22 febbraio 2005, in <http://www.welfare.gov.it/EaChannel/MenuIstituzionale/normative/2005/20050222Circolare7del22022005.htm>, parrebbe prendere posizione in senso opposto a tale prospettiva interpretativa laddove conferma che la responsabilità dell'utilizzatore è di natura esclusiva mentre il vincolo solidale con il somministratore riemerge a fronte dell'adempimento dell'onere di comunicazione in capo al somministratore.

⁵⁵⁴ Secondo CHIECO, *op. ult. cit.*, p. 127, si tratterebbe proprio della introduzione di un diverso regime dello *ius variandi* in grado di sostituirsi integralmente a quello predisposto dall'art. 2103 cod. civ.; contraria BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, *op. cit.*, p. 138; possibilista PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Cfr. le affermazioni di PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁵⁶ Ma per CHIECO, *op. ult. cit.*, p. 128, la diversità di regime si riscontra oltre che sul piano sanzionatorio anche su quello sostanziale.

⁵⁵⁷ CHIECO *op. ult. cit.* p. 128; nella medesima direzione PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, *op. cit.*; critica pure CIUCCIOVINO, *op. cit.*, che evidenzia la difficoltà di individuare beni-interessi da considerare prevalenti rispetto a quello tutelato dall'art. 2103 cod. civ.

ciò al fine di permettere al somministratore medesimo l'esatto adempimento delle obbligazioni verso il lavoratore⁵⁵⁸.

Per quanto concerne il potere disciplinare, come si è avuto modo di osservare, nulla è variato sul piano normativo rispetto alla precedente disciplina. Tale potere continua ad essere esercitato dal somministratore sulla base degli elementi oggetto della contestazione disciplinare comunicati dall'utilizzatore. Quest'ultimo svolge, allora, solo un ruolo di mero informatore⁵⁵⁹, visto che il potere di valutare il comportamento passibile di addebito disciplinare resta di competenza del datore di lavoro⁵⁶⁰, che lo esercita nel proprio interesse⁵⁶¹. Ciò è tanto vero che rientra nella piena discrezionalità del somministratore decidere se irrogare, o meno, la sanzione.

Conservano valore, pertanto, le ricostruzioni dottrinali prospettate nel vigore del precedente dettato normativo⁵⁶². Qui giova solo ricordare i dubbi avanzati dalla dottrina, a ridosso della disciplina previgente, relativamente al codice disciplinare applicabile (dell'utilizzatore o del somministratore) in caso di infrazione del lavoratore. Secondo alcuni⁵⁶³, infatti, si doveva applicare quello dell'utilizzatore, vuoi per l'inserimento del lavoratore temporaneo nella struttura produttiva di quest'ultimo, vuoi perché il lavoratore era espressamente tenuto ad osservare le norme di legge e di contratto applicabili all'impresa utilizzatrice e, quindi, anche il codice contemplato da tali contratti collettivi; secondo altri, viceversa, poiché l'interesse a garanzia del quale era preposto il potere disciplinare era quello del fornitore/creditore, in caso di procedimento disciplinare bisognava far riferimento al codice applicato da quest'ultimo⁵⁶⁴. Ad avviso di chi scrive, sembra plausibile la lettura interpretativa di quanti ritenevano applicabile il codice dell'utilizzatore, ciò proprio al fine di evitare lesioni del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori dipendenti dall'utilizzatore⁵⁶⁵. Questa opzione interpretativa è coerente, come si vedrà nel paragrafo successivo, con la valorizzazione, sul piano normativo, del principio *de quo* esplicitamente rivolto, oggi, tanto al trattamento economico che a quello normativo.

⁵⁵⁸ In questo senso CIUCCIOVINO, op. cit. 101; solleva la questione pure LANOTTE, *La disciplina del contratto di lavoro tra agenzia di somministrazione e lavoratore*, in GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2004, spec. p.241 – 242.

⁵⁵⁹ La dottrina specifica che non si tratta di un vero e proprio obbligo ma solo di un onere di comunicazione cui deve intendersi subordinata la possibilità di ottenere un risarcimento qualora da quella mancanza sia derivato un danno apprezzabile per l'utilizzatore. Cfr. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel d.lgs 276 del 2003*, in Giust. Civ. 2004, p. 98; ID, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 301.

⁵⁶⁰ Sul punto cfr. CIUCCIOVINO, op. cit., p. 101; ZOLI, *Il lavoro a termine. I contratti per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1999, par. 4.

⁵⁶¹ Così CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, op. cit., p. 388, cui si fa rinvio per l'approfondita disamina del precedente dettato normativo.

⁵⁶² La letteratura relativa alla disciplina previgente è copiosa e ricca di spunti di riflessione proprio con riguardo alla tematica concernente il potere disciplinare, si rinvia, per una ricostruzione esaustiva, a CARINCI M.T., op. cit., ZOLI, op. cit.; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, 2003, p. 263 ss;

⁵⁶³ Ex aliis v. ALESSI, *Il trattamento retributivo*, in NAPOLI (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 1217; ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia: dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. 196/1997*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 17; BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, p. 340; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in SCHLESINGER E BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile, Commentario*, Giuffrè, 2002, spec. p. 291.

⁵⁶⁴ CARINCI M.T., op. cit., p. 389.

⁵⁶⁵ Cfr. già in questa direzione BIANCHI D'URSO, *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit., p. 80-81.

3. I diritti del lavoratore: il principio di parità di trattamento

Fra le questioni di maggior rilievo affrontate nella letteratura a ridosso della emanazione del d.lgs n. 276/2003, si pone quella relativa all'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori dipendenti dal somministratore e lavoratori di pari livello dipendenti dall'utilizzatore.

L'art. 23 in commento, infatti, introduce con chiarezza tale principio riguardo il trattamento dei lavoratori somministrati rispetto a quelli dipendenti dall'utilizzatore.

Questa norma rappresenta una delle poche espressioni rinvenibili nel nostro ordinamento della *flexicurity* di matrice comunitaria che mira, come noto, ad integrare sistemicamente libertà, flessibilità e necessità di sicurezza⁵⁶⁶.

Quello che si è cercato di attuare è, infatti, un modello di concorrenza tra le imprese, in perfetta sintonia con gli auspici del legislatore comunitario, basato su fattori competitivi diversi da quelli relativi al trattamento economico e normativo dei lavoratori⁵⁶⁷.

Per tali ragioni il d.lgs n. 276/2003 si colloca nel solco tracciato dalle più recenti normative concernenti i lavori flessibili, come il d.lgs n. 61/2000 e il d.lgs n. 368/2001⁵⁶⁸, che hanno consacrato il ricorso alla parità di trattamento, a parità di lavoro, anche a fronte dell'assenza di un siffatto principio generale inderogabile nel nostro ordinamento.

Con riguardo a questi obiettivi di certo meritori, vi è tuttavia da domandarsi in quanti faranno ricorso ad un tale tipo di contratto, posto che, con riguardo al lavoro interinale, nel nostro paese le imprese hanno fatto ricorso a questa tipologia di rapporto lavorativo in misura inferiore rispetto ad altri paesi europei⁵⁶⁹. Nonostante i temperamenti della legislazione delegata dell'ottobre 2004⁵⁷⁰, la disciplina *de qua*, così congegnata, rende, al ricorrere di certe condizioni, la somministrazione⁵⁷¹ meno conveniente rispetto al contratto di appalto⁵⁷². Senza addentrarsi nella disamina di tale delicata questione, per la quale si rinvia ai relativi contributi contenuti in questo commentario, è tuttavia, opportuno svolgere le seguenti osservazioni.

⁵⁶⁶ In questo senso CARUSO, *The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the European context*, in CARUSO e FUCHS, *Labour Law and Flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy*, Nomos - Giuffrè, 2004; in argomento cfr. pure ZAPPALÀ, *La flessibilità nella sicurezza alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft e hard law*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 69.

⁵⁶⁷ Così osserva CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, *op. cit.*, p. 131; *amplius* ID., *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, *Riv. Giur. Lav.*, 2002; sull'argomento cfr. pure TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, 1999, Giappichelli, 349-351 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. art. 4 d.lgs n. 61/2000 e art. 6 d.lgs n. 368/2001.

⁵⁶⁹ Si veda l'ampio studio di ICHINO, MEALLI, NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia, Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Rapporto finale per la ricerca su "Il lavoro interinale in Italia" nell'ambito della Convenzione tra Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e European University Institute del 21 dicembre 2001.

⁵⁷⁰ D.lgs n. 251 del 6 ottobre 2004 che ha determinato parziali modifiche al disposto normativo del d.lgs n. 276/2003.

⁵⁷¹ Ma solo quella a tempo indeterminato.

⁵⁷² Cfr. le osservazioni di ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.* p. 272.; per TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in Guida al lavoro, suppl. n. 4, 2003, p. 68., l'indubbio maggior costo della somministrazione sarà probabilmente bilanciato dalla qualità del servizio offerto correlato ai profili di altissima professionalità della forza-lavoro impiegata; ma si vedano pure le considerazioni di RODANO, *Aspetti problematici del d.lgs 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, spec. p. 423. L'autore mette in evidenza, infatti, come le nuove tipologie contrattuali, quali ad es. lo *staff leasing*, introdotte dalla normativa in questione, stentino a decollare.

Al pari di quanto si avrà modo di osservare in materia di regime della solidarietà (su cui v. infra il § 4), anche rispetto al principio della parità di trattamento il legislatore delegato ha differenziato l'appalto dalla somministrazione.

Mentre la precedente disciplina (art. 3 comma 1 l. n. 1369/1960⁵⁷³), relativa agli appalti introaziendali, gravava pure l'imprenditore che appaltasse opere o servizi dell'obbligo di assicurare, ai propri lavoratori, un trattamento normativo non inferiore a quello riservato ai dipendenti del committente, l'attuale dettato normativo (art. 29 d.lgs n. 276/2003, come modificato dal d.lgs n. 251/2004), non contiene la medesima prescrizione. Sembra, allora, corretta la ricostruzione della dottrina che ricollega la variabile della parità di trattamento alla esposizione, o meno, al potere direttivo di uno stesso soggetto, sia o no esso il datore di lavoro. Nella somministrazione i lavoratori somministrati fruiscono, per l'appunto, della parità di trattamento in quanto - e diversamente dall'appalto - soggiacciono con i dipendenti dell'utilizzatore al medesimo potere direttivo di quest'ultimo⁵⁷⁴.

Se a questo si aggiunge che rispetto all'appalto, e di opere e di servizi, il regime della solidarietà per un verso è ridotto solo alla ipotesi in cui l'appaltante rivesta la qualità di imprenditore o datore di lavoro - dunque non un semplice committente/persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale⁵⁷⁵ - e, per altro verso, soggiace al limite temporale di un anno di durata, è plausibile ritenere che residuino ancora dei margini di vantaggio nel ricorrere ad un appalto, piuttosto che a un contratto di somministrazione, perché meno costoso. Questo, ovviamente, a meno che i contratti collettivi nazionali, stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, non stabiliscano regole diverse (cfr. il nuovo testo dell'art. 29 comma 2 del d.lgs n. 276/2003).

Ritornando all'analisi strettamente esegetica, la norma fa, poi, chiarezza su un punto che la dottrina aveva comunque risolto già nel vigore della precedente disciplina: cioè l'applicabilità del principio della parità tanto con riguardo al trattamento economico⁵⁷⁶ quanto a quello normativo⁵⁷⁷. In questo modo, una volta per tutte viene scongiurato il pericolo di interpretazioni difformi e, quindi, di attuazione di una concorrenza al ribasso tra i dipendenti del somministratore e quelli

⁵⁷³ Critico rispetto alla disciplina contenuta in questa norma DE LUCA TAMAJO, *I processi di terzizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, *Dir. merc. Lav.*, 1999, 1, 49.

⁵⁷⁴ DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs n. 276/2003 (e del d. correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, spec. p. 520-523.

⁵⁷⁵ Come specifica pure il nuovo comma 3 bis aggiunto all'art. 29 *de quo* dal d.lgs n. 251/2004. Su questi aspetti, già con riguardo alla precedente versione dell'art. 29 in questione, v., per tutti, M. T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, (a cura di) CARINCI M. T. E CESTER, Ipsoa, 2004, p. 198 ss.

⁵⁷⁶ Nel vigore della precedente disciplina avevano sostenuto la riferibilità della disposizione normativa solo al trattamento retributivo *ex aliis*, ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 196/1997*, op. cit., p. 15; LASSANDARI, *Prime note sul lavoro temporaneo*, *Lav. giur.*, 1997, 715.

⁵⁷⁷ Già in questa direzione cfr. *ex aliis* CARINCI M.T., op. cit., p. 367, cui si fa rinvio per ulteriori citazioni relative alla dottrina che ha sostenuto tale lettura interpretativa; SPEZIALE, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, p. 291; ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 4, commi 2-4*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 207; DEL PUNTA, *La "fornitura di lavoro temporaneo" nella l. 196/1997*, op. cit. p. 232; LECCESE e PINTO, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in GHERA (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Jovene, 1998, spec. p. 49.

dell'utilizzatore, temperando così eventuali fenomeni di *dumping sociale* interno operato sul piano più sottile ma, in ogni caso, rilevante del trattamento normativo⁵⁷⁸.

In argomento è intervenuta pure la recente circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali⁵⁷⁹ che ha provato a chiarire alcuni dei passaggi controversi della disciplina relativa alla somministrazione contenuta nel decreto in commento. Proprio con riguardo al trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato la circolare ha spiegato che "l'applicazione del principio di parità di trattamento dovrà essere operata tenendo conto delle mansioni cui è adibito il lavoratore in somministrazione, nonché della specifica professionalità dallo stesso esplicata"⁵⁸⁰. Questo perché è venuta meno la previsione di cui all'art. 4 comma 2 della disciplina previgente contenuta nella l. n. 196/1997 che disponeva per l'appunto che "al prestatore di lavoro non può comunque essere corrisposto il trattamento previsto per la categoria di inquadramento di livello più basso quando tale inquadramento sia considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio".

Il problema che casomai si pone rispetto ad un principio così chiaramente scolpito, concerne l'effettiva comparabilità dei lavoratori somministrati con quelli dipendenti dall'utilizzatore.

La comparazione è, infatti, lo strumento per l'emersione della discriminazione⁵⁸¹, ma quando la comparazione si rivela difficoltosa per la particolare differenziazione del rapporto di lavoro dei lavoratori somministrati, rispetto a quelli dipendenti dall'utilizzatore, allora la norma appare in buona sostanza svuotata dei propri contenuti.

A fronte di una eventuale incomparabilità delle mansioni⁵⁸², si potrebbe ricorrere, però, come già suggerito da qualche autore⁵⁸³ nel vigore della precedente disciplina, ad un'interpretazione estensiva delle norme contrattuali relative all'inquadramento dei lavoratori dipendenti dall'utilizzatore, e in via residuale, procedere ad una comparazione con le eventuali mansioni equivalenti presenti nell'impresa utilizzatrice, sulla base dei criteri desumibili dall'art. 2103 cod. civ.⁵⁸⁴.

Quanto al metodo idoneo a compiere efficacemente la comparazione dei trattamenti, si

⁵⁷⁸ Sulla configurazione del principio di parità come strumento di governo del mercato del lavoro in funzione dell'effettività del diritto al lavoro dei cittadini v. CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più stato e meno mercato?*, op. cit., p. 304; sull'analisi del principio di parità negli altri ordinamenti v. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., p. 363 ss, che si pone in posizione critica rispetto all'effettiva applicabilità del principio nel nostro ordinamento.

⁵⁷⁹ Circolare n. 7/2005, citata

⁵⁸⁰ Cfr. Circolare n. 7/2005, citata.

⁵⁸¹ Da ultimo, DE SIMONE G., Relazione presentata al Seminario per il dottorato in Diritto del lavoro Europeo, *I d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003 e le nuove frontiere della discriminazione* - Catania 23 Giugno 2004.

⁵⁸² Per un esempio di difficoltà nella comparazione si veda, anche se con riguardo ad una fattispecie diversa da quella della somministrazione in senso stretto, la recente pronuncia della Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 12 ottobre 2004 (Causa C-313/02) Nicole Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG; in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/causa313%2D02.htm>.

⁵⁸³ Cfr. ZILIO GRANDI, Commento all'art. 4, commi 2-4, op. cit., p. 206; nella stessa direzione CARINCI M.T., La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127, in SCHLESINGER P. (diretto da), Commentario al codice civile, op. cit.; ALESSI, *Il trattamento retributivo*, op. cit., p. 1219 ss.

⁵⁸⁴ In questo senso, relativamente al nuovo disposto normativo, *ex aliis*, v. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 141.

contrappongono due letture interpretative:

a) La prima prospetta l'impossibilità di ricorrere al sistema del conglobamento procedendo con un confronto istituito per istituto⁵⁸⁵ e intende l'espressione "complessivamente", contenuta nella norma che si commenta, "quale specificazione dell'ambito di comparazione" e quindi ritiene opportuno considerare tutti, ovvero il complesso dei, trattamenti in atto⁵⁸⁶.

b) La seconda, per la quale personalmente si propende, viceversa, valorizza il dato testuale che suggerisce di intendere l'espressione "complessivamente" come una chiara presa di posizione del legislatore a favore del sistema del conglobamento piuttosto che di quello del cumulo⁵⁸⁷. Il ricorso alla tecnica più elastica del conglobamento, che consente appunto di evitare l'applicazione "cappillare"⁵⁸⁸ dei singoli diritti, avrebbe, altresì, il vantaggio di favorire il mantenimento di alcune diversità, se opportunamente controbilanciate.

Quale che sia la lettura interpretativa più opportuna, un nodo problematico che il legislatore non ha contribuito a sciogliere, concerne il parametro di riferimento per la comparazione. Cioè la fonte dei trattamenti.

A tale proposito sembra si possa ritenere che la previsione legale si rivolga ai trattamenti applicati alla generalità dei dipendenti dell'utilizzatore come previsti dal Contratto collettivo (nazionale e integrativo), dai regolamenti e dalle prassi aziendali ma non anche quelli attribuiti *ad personam*⁵⁸⁹. Questo perché altrimenti risulterebbe molto complicato individuare quale dei molti trattamenti astrattamente comparabili debba costituire il termine di raffronto.

Nel far rinvio al relativo contributo contenuto in questo commentario, è opportuno, altresì, almeno un accenno all'ultimo capoverso del comma 1 della norma in commento.

Il comma 1, oltre a prevedere il principio della parità di trattamento sul quale ci si è ampiamente soffermati, dispone, infatti, che "restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196".

Mantengono, cioè, la loro efficacia le clausole dei contratti che hanno regolamentato l'introduzione della fornitura di lavoro temporaneo nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura. Sul punto recentemente è intervenuta pure una circolare ministeriale⁵⁹⁰ per chiarire come non si pongano più limiti al ricorso alla somministrazione di lavoro in tali settori secondo la regolamentazione ordinaria, ferme restando, appunto, le clausole ora menzionate.

⁵⁸⁵ BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit.; cfr. sul tema pure GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti "intraaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in MAZZOTTA, CAMISA, GUAGLIONE, SCARPELLI, *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Giuffrè, 1990, p. 121 ss.

⁵⁸⁶ Così BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 140.

⁵⁸⁷ Cfr. DE LUCA TAMAIO, *Tra le righe del d.lgs n. 276/2003(e del d. correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, op. cit., p. 522; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 103.

⁵⁸⁸ Così DE LUCA TAMAIO, op. loc. ult. cit., part. p. 522.

⁵⁸⁹ In questo senso già SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO, CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, p. 296 ss; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 103.

⁵⁹⁰ Circolare n. 7/2005, citata; v. pure il commento alla circolare di BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro: chiarimenti ministeriali*, in Guida la lavoro, Il sole 24 ore, n. 10, 2005, p. 16.

3.1 La deroga al precetto di parità

Se da un lato il sistema normativo sembra muoversi verso un assetto più garantista delle posizioni giuridiche dei lavoratori somministrati – con il riconoscimento esplicito della parità di trattamento normativo – dall'altro, esso lascia ampi margini all'applicazione di eccezioni al principio di parità.

La prima di tali eccezioni rientra nel novero delle disposizioni che non innovano rispetto alla disciplina previgente. Al pari, infatti, della previsione contenuta nell'art. 4 comma 2 della l. n. 196/1997, il comma 4 della norma in commento rinvia ai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore per la fissazione delle modalità e dei criteri per la determinazione e corresponsione della retribuzione variabile correlata ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa.

La disposizione in commento riconosce all'autonomia collettiva un ampio potere di intervento attribuendole la specificazione dei criteri e delle modalità di determinazione e corresponsione della retribuzione variabile⁵⁹¹. Saranno possibili, allora, diversificazioni di non poco momento tra le retribuzioni percepite dai lavoratori stabili e quelle spettanti ai lavoratori somministrati.

Ciò significa che questa voce retributiva è possibile sfugga al computo delle poste attive che compongono il "trattamento complessivamente non inferiore" di cui al comma 1 dell'art. 23.

La ragione di questa deroga si ravvisa nella scarsa partecipazione dei lavoratori somministrati alla realizzazione degli obiettivi ai quali è correlata tale attribuzione economica. Come dimostrano alcuni studi sull'andamento della contrattazione aziendale⁵⁹², che è il livello cui è demandato il compito di fissare i criteri in questione⁵⁹³, è sempre più diffusa la tendenza ad escludere dal salario partecipativo i lavoratori assunti con forme di contratto non standard. È, allora, prevedibile che fra gli esclusi saranno annoverati anche i lavoratori somministrati. Riguardo agli accordi sul salario variabile, è stato accertato che solo in poco più della metà dei casi analizzati il premio è destinato a tutti i lavoratori dell'impresa. Un buon numero di accordi, infatti, contempla, a questo fine, solo i lavoratori a tempo indeterminato⁵⁹⁴. Ciò è dovuto con tutta probabilità ad un elevato potere degli *insiders* orientato alla esclusione, dal godimento della retribuzione variabile, del personale

⁵⁹¹ Secondo alcuni proprio a fronte dell'ampiezza del potere riconosciuto alle parti negoziali, in assenza di una disciplina apposita i premi non sono dovuti ai lavoratori somministrati. Cfr. in tal senso da ultimo pure CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 105; secondo altri, al contrario, la posta retributiva in questione è in ogni modo dovuta spettando alle parti sociali solo la determinazione del suo ammontare. In questa direzione ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 4, commi 2-4, op. cit.*, p. 216-217.

⁵⁹² Cfr. FABBRI, PINI, *La recente contrattazione aziendale sul premio di risultato nelle imprese del territorio di Udine*, in Lav e dir, 1999, spec. p. 314. ss.; ma v. pure lo studio di ROSSI, SESTITO, *Contrattazione aziendale, struttura negoziale e determinazione decentrata del salario*, Riv. pol. econom., 2000, spec. p. 154 nota 35.

⁵⁹³ Condivisibile la lettura interpretativa di CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 104 *contra*, relativamente al precedente disposto normativo, SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, op. loc. ult.cit., p. 299, che ritiene la norma si riferisca, in assenza di specificazioni sul punto, tanto al contratto nazionale che a quello aziendale.

⁵⁹⁴ Pur essendo in crescita l'estensione del premio di risultato ai lavoratori temporanei, recenti studi dimostrano, tuttavia, che la percentuale è ancora assestata su una quota pari al 37%. Sul punto si veda la ricerca condotta dal Cesos, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo: Rapporto 2002-2003*, in particolare la sez. II, *L'evoluzione degli assetti contrattuali e l'attività negoziale in Italia*, a cura di BORDOGNA E NEGRELLI, in <http://www.cesos.org/archivio/docvari/rappdf/SE22.pdf>; spec. p. 107.

assunto con forme di contratto “atipiche”⁵⁹⁵ che presentano, in genere, un modesto tasso di sindacalizzazione⁵⁹⁶.

Le altre eccezioni al principio di parità, introdotte dalla norma in commento, sono quelle che si giustificano sul piano delle azioni dirette a garantire l’inserimento o il reinserimento dei lavoratori svantaggiati⁵⁹⁷, sulla base di specifici programmi di cui all’art. 13⁵⁹⁸. È, infatti, ammissibile fornire prestazioni ad un costo più basso e conveniente determinato pure dalla detrazione dal *quantum debeat* delle somme percepite a titolo di indennità di mobilità, di disoccupazione etc. (cfr. il combinato disposto dell’art. 23 comma 2 e 13 comma 1 del decreto⁵⁹⁹). In questo caso si fa uso del diritto diseguale⁶⁰⁰ a fini di vantaggio per i lavoratori somministrati. È come se il trattamento peggiore, peggiorativo, si configurasse alla stregua di un’azione positiva, al pari, in qualche modo, di quanto accade nel modello attuato col Patto di Milano⁶⁰¹. Il tentativo di inserimento a tutti i costi di un lavoratore sconta, appunto, il prezzo della violazione del principio della parità di trattamento. L’intento meritorio del legislatore, di rendere effettivo il diritto al lavoro solennemente sancito nella nostra Costituzione, finisce, insomma, per esprimersi nella riduzione del “costo” del lavoro attraverso l’arretramento della soglia di tutela giuridica ed economica dei lavoratori somministrati. A fronte di questa considerazione, risultano comprensibili le critiche mosse al dettato normativo da parte di molti dei primi commentatori⁶⁰² del decreto *de quo*.

Qualcuno, in maniera condivisibile, ha pure osservato che in tal modo il datore di lavoro beneficia di una prestazione lavorativa pagata in parte dallo Stato e dai suoi enti strumentali; talché si configura una vera e propria misura qualificabile quale aiuto di stato contrastante con l’art. 87 del Trattato CE⁶⁰³.

⁵⁹⁵ La definizione appartiene a FABBRI, PINI, op. cit., p. 314.

⁵⁹⁶ Ma fra le cause di tale tendenza è possibile ipotizzare pure la volontà dell’impresa di mantenere basso il costo del lavoro incidendo in negativo su quei lavoratori che non hanno ancora acquisito un rapporto di lavoro di lungo periodo o, ancora, la presenza di lavoratori stagionali che non sono ritenuti in grado di contribuire a risultati utili per le imprese. Sul punto cfr. ancora FABBRI, PINI, op. cit.

⁵⁹⁷ Cioè, secondo la definizione data dall’art. 2 comma 1 lett. k del d.lgs n. 276/2003, qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro. Questa norma, a sua volta, ai fini della definizione in questione, rinvia alle indicazioni provenienti dall’art. 2 lettera f del regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002, relativo all’applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell’occupazione, nonché all’art. 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381; sul punto si veda pure la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 41 del 23 ottobre 2004, in <http://www.welfare.gov.it/RiformaBiagi/Archivio/Normativa/2004-22-10-Circ-art13>.

⁵⁹⁸ Si rinvia per l’analisi esegetica di questa norma al relativo contributo contenuto in questo commentario. In materia, è opportuno, tuttavia, segnalare i contenuti esplicativi della circolare n. 41 del 23 ottobre 2004, citata alla nota precedente.

⁵⁹⁹ La norma è stata di recente sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 50 del 28 gennaio 2005 (in www.giurcost.org/decisioni/2005/0050s-05.html) ne ha dichiarato la legittimità costituzionale tanto in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost., quanto all’art. 76 Cost. In particolare, la Consulta ha ritenuto la disciplina contenuta nell’art. 13 comma 1 del decreto in commento non lesiva della sfera di competenza costituzionalmente garantita alle Regioni. Si rinvia, per approfondimenti, ai relativi contributi contenuti in questo Commentario.

⁶⁰⁰ Sul tema si veda da ultimo DE SIMONE G., *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav e dir.*, 2004, p. 228 ss.

⁶⁰¹ V. TREU, *Il patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo*, *Dir. rel. ind.*, 2000, 123 ss; BIAGI, *Il patto Milano Lavoro: un’intesa pilota*; *Dir. rel. ind.*, 2000, 127 ss; SCARPELLI, *Il patto Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, *Dir. rel. ind.*, 2000, 135; e le riflessioni di CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più stato e meno mercato?* op. cit.

⁶⁰² PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, op. cit., p. 59; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 142; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, op. cit., p. 132;

⁶⁰³ In questo senso PINTO, *Mercato del lavoro. Il decreto di attuazione della legge delega/1*, in

E tuttavia, pure il sistema comunitario non pare escludere eventuali deroghe al principio *de quo*. Basti osservare la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai lavoratori temporanei per avere conferma di tale diffuso orientamento normativo. All'art. 5.4. della proposta in questione si legge, infatti, la possibilità di derogare al principio di non discriminazione (ma solo retributiva) a fronte di un "lavoratore temporaneo che svolge una prestazione o una serie di prestazioni, presso la stessa impresa utilizzatrice, nell'ambito di un lavoro che, tenuto conto della sua durata o natura, può essere realizzato in un periodo che non superi le sei settimane"⁶⁰⁴. Ciò nella consapevolezza che l'accostamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario è invocato, in questo caso, al mero scopo di evidenziare una tendenza, in via di espansione, ad ammettere eccezioni al principio di parità; la precisazione è opportuna visto che l'eccezione prevista per i lavoratori svantaggiati introduce differenziazioni su base soggettiva mentre quella prevista dalla proposta di direttiva, ora citata, è dettata da ragioni oggettive.

4. La responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore

La disciplina della somministrazione di lavoro, pur assoggettando il rapporto alle regole generali relative al rapporto di lavoro subordinato, detta, tuttavia, alcune disposizioni specifiche che hanno come effetto per un verso di assicurare una protezione aggiuntiva ai lavoratori somministrati e, per altro verso, di esonerare il somministratore da alcuni dei vincoli che gravano sui datori di lavoro.

Nell'ambito delle disposizioni che determinano il primo degli effetti segnalati, è possibile annoverare il disposto del comma 3 dell'art. 23 del decreto in commento.

Ai sensi, infatti, di questo comma, l'utilizzatore è condebitore in solido⁶⁰⁵ con il somministratore con riguardo ai trattamenti retributivi e alla contribuzione previdenziale.

La responsabilità descritta è illimitata sia sotto il profilo temporale sia sotto quello quantitativo⁶⁰⁶.

Quanto al primo aspetto, è opportuno osservare che la disciplina prevista per la somministrazione si differenzia da quella dell'appalto di opere e di servizi di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs n. 276/2003, nuovo testo. In entrambi i casi di appalto, infatti, se le parti negoziali non dispongono diversamente, è previsto il limite di un anno superato il quale si ritiene sciolto il vincolo della solidarietà tra committente/imprenditore (o datore di lavoro) e appaltatore.

<http://www.ildiaridellavoro.it/internonews.asp?id=10245&Rubrica=3>; 2003; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, op. cit., p. 132.

⁶⁰⁴ La proposta di direttiva può essere letta su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/com.htm>; sul punto v. BANO, *Commento sub art. 23*, in GRAGNOLI, PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, p.355,

⁶⁰⁵ Per l'approfondita disamina del tema relativo alle obbligazioni solidali v. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa (Profili sistematici)*, Giuffrè, 1974; BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, *Enc. Dir.*, 1979, vol. XXIX; DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, *Enc. Dir.*, 1979, vol. XXIX; RUBINO, *Delle obbligazioni (Delle obbligazioni alternative – Delle obbligazioni in solido – Delle obbligazioni divisibili e indivisibili)*, *Comm. Scialoja Branca*, 1961, Zanichelli – Soc. ed. del Foro italiano, artt. 1285-1320; per un'analisi in chiave giuslavoristica cfr. pure CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 77 ss.

⁶⁰⁶ Cfr. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 108.

Con riguardo al secondo dei due profili segnalati, si può osservare che il lavoratore ha diritto a rivalersi fino alla soddisfazione dell'intero credito tanto nei confronti del somministratore quanto dell'utilizzatore.

Con ciò parrebbe sciogliersi uno dei nodi problematici che avevano animato il dibattito dottrinale accesi a ridosso del precedente dettato normativo.

La norma in questione, infatti, pur ripetendo in buona sostanza il disposto dell'art. 6 comma 3 della l. n. 196/1997⁶⁰⁷, non ripropone il riferimento al "limite della garanzia" predisposta dal somministratore, contenuto, invece, nella normativa previgente. Questo parrebbe risolvere la *querelle*, cui ha dato vita la precedente disciplina, che vedeva contrapposte, in proposito, le letture interpretative di seguito descritte.

a) La prima⁶⁰⁸ riteneva che l'obbligo di solidarietà "scattasse"⁶⁰⁹ solo dopo aver verificato l'inesigibilità del credito a causa di un deposito cauzionale o di una fideiussione bancaria non sufficienti (*beneficium excussionis*);

b) La seconda⁶¹⁰, invece, riteneva che la disciplina imponesse solo il rispetto di un *beneficium ordinis*. Il lavoratore era tenuto ad esigere l'adempimento in primo luogo dal fornitore o, decorsi due anni, indifferentemente dal fornitore o dal fideiussore. In caso di inadempimento, il lavoratore avrebbe potuto chiedere il pagamento all'utilizzatore senza che quest'ultimo potesse opporre la preventiva escussione delle somme stanziate a titolo cauzionale dal somministratore.

c) La terza⁶¹¹, analoga alla seconda impostazione, se ne discostava ritenendo, infatti, possibile ricorrere indifferentemente all'uno (somministratore) o all'altro (utilizzatore) dei condebitori in solido, senza applicare neanche un *beneficium ordinis*, indipendentemente dalla sorte del deposito cauzionale.

La nuova disciplina ha fatto chiarezza almeno su un punto stabilendo che il lavoratore/creditore può agire per l'adempimento senza dover onorare un *beneficium excussionis* e cioè aver riguardo, escutendola per prima, alla garanzia stanziata a titolo cauzionale.

Questo non significa che il decreto in commento abbia dissipato tutte le incertezze in materia; al contrario, molti sono ancora i dubbi irrisolti, per lo più correlati al modo di atteggiarsi dell'obbligazione solidale *de qua*.

Di seguito si proverà a sciogliere il nodo interpretativo relativo alla natura della obbligazione in questione ed a verificare se è possibile coniugarla con un "ordine" nell'adempimento pur conservandone la natura solidale.

⁶⁰⁷ Per un commento alla precedente disciplina v. BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, op.cit., p.335.

⁶⁰⁸ LAMBERTUCCI, *Commento all'art. 6, commi 3-5*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 277; LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 5/6, p. 1247.

⁶⁰⁹ L'espressione è di LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), op. ult. cit., p. 1247 c.

⁶¹⁰ CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, op. cit. p. 434; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, op. cit. p. 418; si esprime solo nel senso di escludere il *beneficium excussionis*, CUFFARO, *Commento all'art. 1 commi 5-7*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 72.

⁶¹¹ BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*; op. cit. spec. p. 336; in posizione problematica, BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, op. cit., p. 257-258.

Mentre l'art. 23 comma 3 menzionato si limita a tratteggiare in capo al somministratore e all'utilizzatore un'obbligazione solidale, che appunto viene qualificata come tale, l'art. 21 comma 1, lett. k), del decreto in commento, sembrerebbe stabilire almeno un ordine da rispettare nella richiesta di adempimento da parte del lavoratore. La norma in questione dispone, infatti, testualmente l' "assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore".

In effetti, se si procede ad una lettura combinata del comma 3 dell'articolo in commento con il disposto dell'art. 21 comma 1 lett. k), non può essere sottaciuta la difficoltà di riferire i significati di tali previsioni normative al denominatore comune dell'obbligazione solidale e del relativo regime.

La norma menzionata, l'art. 21 comma 1 lett. k)⁶¹², individua, infatti, nel somministratore l'obbligato principale rispetto agli oneri retributivi e previdenziali, e nell'utilizzatore l'obbligato in via sussidiaria. Si configurerebbe, pertanto, un'obbligazione sussidiaria del condebitore utilizzatore, che imporrebbe il rispetto del *beneficium ordinis*, e che, a seguire un'autorevole dottrina civilistica⁶¹³, a fatica potrebbe considerarsi un'obbligazione solidale. Questo perché l'obbligazione solidale in via di principio non sopporta né un ordine di adempimento né di escussione, potendo il creditore indifferentemente rivolgersi all'uno o all'altro dei condebitori in solido. Nel vigore del precedente dettato normativo (l. n. 196/1997), qualche autore aveva provato ad avanzare l'ipotesi che potesse trattarsi di una fattispecie fideiussoria⁶¹⁴, che appunto contempla un ordine nell'adempimento del credito fra debitore principale e accessorio (*rectius* sussidiario).

Ad avviso di chi scrive, non è, però, soddisfacente neanche questa lettura interpretativa perché le obbligazioni fideiussorie prevedono due obbligazioni distinte⁶¹⁵ (quella principale e quella fideiussoria) di modo che non sono riconducibili nell'alveo delle obbligazioni *stricto sensu* solidali che, al contrario, contemplano fra i requisiti essenziali tipici proprio la medesima obbligazione (*l'eadem res debita*⁶¹⁶).

⁶¹² Anche nelle lettere h) e i), su cui v. *infra* il relativo commento.

⁶¹³ Con riguardo alla distinzione, sul piano del diritto civile, tra *beneficium ordinis*, quale vicenda in cui è sufficiente che il creditore rivolga una mera richiesta di adempimento al debitore principale in modo da poter poi agire nei confronti del debitore sussidiario, senza bisogno di iniziare un'azione esecutiva, e *beneficium excussionis*, quale vicenda in cui per poter invece agire nei confronti del debitore sussidiario è necessario preventivamente escutere il patrimonio del debitore principale, ove le due figure si riferiscono alla ipotesi di obbligazione sussidiaria tecnicamente differente dalla obbligazione solidale in cui il creditore può rivolgersi indifferentemente a questo o a quel debitore, v., esemplificativamente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2001.

⁶¹⁴ Nella medesima direzione già CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit., p. 435; in senso adesivo pure con riguardo alla nuova disciplina, CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 109-110; con riguardo alla precedente disciplina si vedano pure le osservazioni di BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo*, *Commento alla legge n. 196/1997*; op. cit., che parla, viceversa, di deroga al regime generale della solidarietà.

⁶¹⁵ Con riguardo alla disciplina previgente in tema di appalto, in particolare l'art. 3 della l. n. 1369/1960, v'era già chi osservava che parlare di fideiussione può risultare fuorviante proprio per l'assenza della *eadem res debita*. Cfr. GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, op. cit. spec. p. 141 ss.

⁶¹⁶ Spiega la più accreditata dottrina civilistica che "la necessità di un'identica prestazione è una delle ragioni [...] le quali possono far ritenere che la fideiussione, anche quando sia senza beneficio di escussione e senza beneficio di divisione, come appunto è normalmente per il nostro diritto positivo (art. 1944 I comma, 1946-1947), non costituisca un caso di vera solidarietà (passiva) con l'obbligazione principale: qui, infatti, le due prestazioni possono anche non essere identiche, ed anzi neppure uguali, in quanto l'obbligazione

Nella fattispecie in esame viene in considerazione per l'appunto *l'eadem res debita* (trattamento economico e versamento dei contributi) e non due obbligazioni distinte.

Ma se non si tratta di obbligazione di garanzia fideiussoria, la questione si riduce alla plausibilità, o meno, della lettura interpretativa che qui si intende sostenere e che ritiene compatibile con l'obbligazione tipicamente solidale la sussistenza di un debito principale e di uno sussidiario, come del resto parrebbe prospettare pure la giurisprudenza della Cassazione⁶¹⁷.

Ad avviso di chi scrive, per sciogliere il nodo interpretativo bisogna attenersi alla *ratio* della norma in commento e considerare le finalità complessive della nuova disciplina. Tenendo sullo sfondo questa chiave di lettura, è possibile sostenere che certamente l'obiettivo perseguito con la disposizione in parola è quello di rendere il lavoratore creditore per *l'intero* e per *l'eadem res debita* tanto nei confronti del somministratore quanto dell'utilizzatore.

A fronte di tale considerazione, è possibile allora osservare che tra le varie funzioni adempiute dal meccanismo della solidarietà vi è "quella di proteggere in fase esecutiva l'unità della prestazione indivisibile"⁶¹⁸. Questo, aggiungiamo, a prescindere se le obbligazioni solidali si atteggiino quali obbligazioni sussidiarie o fideiussorie.

Il meccanismo della solidarietà assolve, insomma, al compito di determinare un vincolo in capo ai condebitori per l'intero credito (obbligazioni indivisibili⁶¹⁹) in ciò contrapponendosi alle obbligazioni parziarie (obbligazioni divisibili⁶²⁰) che comportano, invece, l'insorgere di un'obbligazione per una frazione del credito e solo per quella, talché ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte⁶²¹.

È certo, allora, che pur a fronte di un ordine di adempimento, chiaramente stabilito *ex lege* al comma 1 lett. k) dell'art. 21, l'obbligazione è lo stesso qualificabile come solidale perché i due condebitori sono chiamati, per *l'intero* e per *l'eadem res debita*, a soddisfare il credito del lavoratore, l'uno (l'utilizzatore) di seguito all'altro (il somministratore). D'altro canto, che l'obbligazione solidale possa essere coniugata con un ordine nell'adempimento parrebbe confermato pure dal disposto dell'art. 1293 del codice civile. Il *beneficium ordinis* costituirebbe, appunto, una delle modalità diverse con cui possono essere tenuti all'adempimento i condebitori ai sensi di tale norma⁶²².

fideiussoria è sempre pecuniaria, mentre invece quella principale, nel momento in cui sorge, può avere un diverso oggetto [...], RUBINO, *Delle obbligazioni (Delle obbligazioni alternative – Delle obbligazioni in solido – Delle obbligazioni divisibili e indivisibili)*, op. cit. p. 137-138.

⁶¹⁷ Si veda in questo senso, fra le ultime, Cass. sez. lav., 22 marzo 2003, n. 4217 in Foro it., Rep. 2003, voce Fallimento, 2880, n. 56; ma v. pure Cass. 21 ottobre 1995, n. 10968, Foro it., Rep. 1996, voce Lavoro (rapporto) 3890, n. 1649; in dottrina in senso adesivo a questa ricostruzione CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., p. 110.

⁶¹⁸ Così BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, op. cit., spec. p. 341.

⁶¹⁹ Cfr. art. 1316 cod. civ.

⁶²⁰ Cfr. art. 1314 cod. civ.

⁶²¹ Sulle obbligazioni divisibili e indivisibili v. per tutti CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Jovene, 1953; ID, *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in AZARA E EULA (diretto da), *Novissimo Digesto Italiano*, XI, p. 636 ss.

⁶²² Cfr. la ricostruzione di DI MAJO, *Obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p. 312

Così ragionando, si confermano le finalità perseguite dalla disciplina *de qua*, e cioè rafforzare⁶²³ la posizione creditoria del lavoratore rispetto alle obbligazioni in questione; come pure dimostra l'eliminazione del riferimento alla garanzia (contenuto nella precedente disciplina) come limite oltre il quale, soltanto, diveniva possibile aggredire il patrimonio dell'utilizzatore.

5. L'obbligazione datoriale di sicurezza nei luoghi di lavoro ed i correlati diritti dei lavoratori somministrati

Il comma 5 della norma in commento configura gli obblighi datoriali, ed i relativi diritti dei lavoratori somministrati, in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. Esso ha sostanzialmente raggruppatto tutte le disposizioni disseminate nel precedente dettato normativo, relativo al lavoro interinale, senza apportare, apparentemente, sul punto, modifiche degne di rilievo. Si riscontra, tuttavia, almeno un'innovazione significativa rispetto alla precedente disciplina: la scomparsa del divieto di adibire i lavoratori temporanei a mansioni pericolose⁶²⁴. Ciò comporterebbe una riduzione di tutela ingiustificata in un ordinamento come il nostro in cui si riscontrano gravi carenze nell'attività di informazione e formazione dei lavoratori temporanei. In effetti, statisticamente⁶²⁵ i lavoratori, ieri interinali oggi somministrati, sono quelli più esposti al rischio, perché carenti di adeguata formazione. L'assenza di un divieto come quello previgente prospetta, allora, scenari non proprio confortanti. Né, d'altro canto, la possibilità di espandere l'applicazione del principio del trattamento "normativo" paritario a quello dei lavoratori permanenti, sino al punto di contemplare pure tali aspetti, è in grado di ripristinare tale divieto⁶²⁶, a fronte dell'assenza di un inciso come quello contenuto nel vecchio art. 1 l. n. 196/1997⁶²⁷; tutt'al più sarà possibile, per questa via, rafforzare gli obblighi di formazione e informazione configurabili in capo all'utilizzatore.

D'altro canto, pure la direttiva 91/383/Cee, che contempla le previsioni di armonizzazione in materia, in parte confluite nella normativa in esame, parrebbe prospettare l'ammissibilità dell'opzione normativa in questione, visto che all'art. 5 comma 2 prevede, per i casi in cui gli Stati membri

⁶²³ Ciò in sintonia con l'impostazione della dottrina civilistica che individua fra le finalità cui tende il vincolo solidale proprio sta quella di "realizzare un risultato complessivo di razionalizzazione semplificazione e quindi, in ultima analisi, di rafforzamento di rapporti, quando alla loro attuazione è interessata una pluralità di soggetti (sia dal lato passivo che attivo del rapporto)" DI MAIO, *Obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p.309.

⁶²⁴ Sul punto v. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 143.

⁶²⁵ Per le statistiche in materia si rinvia a BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 142 e Id., *La sicurezza del lavoro nella comunità europea, nella costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in www.unicz.it/lavoro, p. 18 e in corso di pubblicazione pure su *Riv. giur. lav.* 2004; sul punto cfr. l'analisi di NATULLO, *Lavori temporanei e sicurezza del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 151 ss; v. pure TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., spec., p. 166.

⁶²⁶ Non sembrano residuare ambiti di operatività per il D.M. 31 maggio 1999, in G.U. n. 161 del 12 luglio 1999 - emanato sotto l'egida della disciplina previgente ai sensi dell'art. 1, comma 4, della l. n. 196/1997 – che per l'appunto si occupava di individuare le lavorazioni particolarmente pericolose per le quali era vietata la fornitura di lavoro temporaneo; è ben possibile, infatti, ritenere questa normativa esplicitamente abrogata ai sensi dell'art. 85 lett. i) del d.lgs 276/2003.

⁶²⁷ È opportuno rammentare che la norma in questione disponeva testualmente che "[...] è vietata la fornitura di lavoro temporaneo: a) per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con particolare riguardo alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggior pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi" [...].

non si avvalgano della facoltà di vietare i lavori particolarmente pericolosi per la sicurezza e la salute, che i lavoratori “beneficino di una appropriata sorveglianza medica speciale”⁶²⁸.

Per il resto, la norma replica, come anticipato, le disposizioni contenute nella disciplina precedente. Pure nel nuovo dettato normativo la scelta legislativa è quella di far carico l'utilizzatore dell'obbligazione di sicurezza e di tutti gli obblighi di protezione, mentre il somministratore è tenuto ad adempiere gli obblighi di informazione generale “sui rischi per la sicurezza e la salute connessi all'attività produttiva”, nonché di formazione e addestramento “all'uso di attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa per la quale essi vengono assunti”. Tuttavia, tali ultime obbligazioni possono essere trasferite in capo all'utilizzatore con apposita clausola contrattuale.

Si tratterebbe per qualche autore proprio di obblighi a favore del terzo⁶²⁹.

In ogni modo, all'utilizzatore spetta il compito di informare il lavoratore somministrato dei rischi specifici connessi alla mansione cui venga adibito⁶³⁰. D'altra parte, solo l'utilizzatore, avendo il dominio del luogo in cui si svolge concretamente l'attività del lavoratore somministrato, potrebbe percepire adeguatamente i fattori di rischio che incombono su quest'ultimo. È, quindi, per mezzo di un criterio sostanziale, riferito all'effettivo svolgimento del rapporto, che prescinde dalle problematiche correlate all'attribuzione della concreta titolarità dello stesso, che si identifica il soggetto cui riconoscere il ruolo di “datore di lavoro” nell'accezione di cui al d.lgs n. 626/1994. La norma in questione opera, infatti, una devoluzione di responsabilità dal somministratore, in capo al quale sarebbero sorte *ex lege* (ai sensi del d.lgs n. 626/1994), all'utilizzatore.

Per tale ragione la dottrina⁶³¹ già nel vigore del precedente disposto normativo si interrogava sulla natura delle responsabilità rispetto alle quali la disposizione *de qua* “costituisce un meccanico veicolo di trasmissione”. È dubbio, infatti, se si tratti di un tipo di responsabilità originaria, perché l'ordinamento la configura già come responsabilità di fonte legale ereditata dalla precedente disciplina in materia e poi modellata sull'utilizzatore, o, piuttosto, acquisita e cioè se si tratti di una responsabilità di fonte contrattuale che in assenza della disposizione in questione graverebbe sul vero datore di lavoro e cioè sull'impresa fornitrice. È verosimile la lettura che la identifica come responsabilità originaria in linea pure con i contenuti della direttiva 91/383/Cee⁶³².

Che l'utilizzatore debba sopportare il peso dell'adempimento di tutte queste obbligazioni trova conferma, al pari di quanto accadeva nel vigore della precedente disciplina, nel fatto che i

⁶²⁸ Ciò trova conferma pure nella circolare n. 7/2005, citata, che ribadisce appunto il fatto che “ove le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'onere di informare il lavoratore è attribuito all'utilizzatore”.

⁶²⁹ Così CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit., spec. p. 419 e 436 ss; in argomento rimangono valide le osservazioni pure di LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, op. ult. cit., p. 1238.

⁶³⁰ Sul punto, CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit.; CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 111.

⁶³¹ LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, op. cit., p. 1237.

⁶³² Per tutte queste condivisibili affermazioni cfr. ancora LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, op. loc. ult. cit., p. 1237.

lavoratori somministrati, in deroga al principio generale, sono computati⁶³³ e sommati nel novero dei dipendenti ai fini dell'applicazione della normativa in materia di igiene e sicurezza sul lavoro. D'altronde, quest'opzione normativa, di gravare l'utilizzatore e non il somministratore, è conforme alla tendenza riscontrabile in alcuni paesi dell'Unione Europea⁶³⁴. Quanto ai profili connessi alle eventuali responsabilità per inadempimento dell'utilizzatore, la norma è chiara nel configurare in capo al lavoratore somministrato l'azione per inadempimento contro il medesimo. Tuttavia, è possibile prospettare la possibilità di ricorrere all'azione per inadempimento anche nei confronti del somministratore. Questo sia che si accolga la tesi di chi⁶³⁵ ricostruisce la fattispecie *de qua* richiamando anche lo schema del contratto a favore del terzo (di cui all'art. 1413 del codice civile), sia che si acceda alla lettura interpretativa che prospetta la sussistenza di due datori di lavoro rispetto all'unico lavoratore⁶³⁶, secondo l'analisi che individua nel somministratore la "cerniera contrattuale"⁶³⁷ tra il lavoratore somministrato e l'utilizzatore. In questo modo il particolare rapporto trilatero si caratterizzerebbe proprio per la "duplicazione" dell'obbligazione creditoria, anche in materia di tutela della salute e sicurezza, in capo al somministratore e all'utilizzatore.

Prospettare questa lettura interpretativa comporta, ovviamente, aprire un varco all'ammissibilità di un'azione di risarcimento pure nei confronti del somministratore.

6. Le clausole dirette a limitare l'assunzione al termine dell'esecuzione del contratto di somministrazione: la regola

La nuova disciplina della somministrazione contempla, al pari del precedente dettato normativo in tema di lavoro temporaneo, il regime della nullità per le clausole destinate a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della prestazione riguardante il contratto di somministrazione⁶³⁸. La norma si sostituisce alle disposizioni prima contenute negli articoli 1 comma 6 e 3 comma 6 della l. n. 196/1997.

Tuttavia, oggi, diversamente da quanto previsto nella normativa ormai abrogata, per i casi di somministrazione a tempo determinato, è ammessa una deroga a tale divieto, dietro pagamento di adeguata indennità. Come si vedrà fra breve, proprio il riferimento alla somministrazione a tempo determinato crea problemi interpretativi di non poco momento.

In questo paragrafo ci si occuperà della regola, nel successivo della sua eccezione.

Sembra opportuno osservare che la formulazione ambigua della norma induce l'osservatore a misurarsi con alcuni importanti nodi interpretativi rispetto ai quali si registrano, in dottrina, voci discordanti.

In effetti, solo rendendo esplicito quali fattispecie di somministrazione rientrano nel disposto *de quo* è possibile individuare i casi rispetto ai quali vige il divieto di apporre le clausole limitative in

⁶³³ Questo è chiarito pure dalla circolare n. 7/2005 citata.

⁶³⁴ Cfr. lo studio di JAVILLER, NEAL, WEISS, SALOHIMO, RUNGGLADIER, TINHOFFER, *Lavoro atipico/temporaneo e tutela della salute: la trasposizione della direttiva n. 91/383/Cee in Francia, Regno Unito, Germania, Finlandia e Austria*, *Dir. rel. ind.*, 3, 1996, p. 35 ss.

⁶³⁵ CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit., spec. p. 438.

⁶³⁶ ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit.

⁶³⁷ Così, da ultimo, ancora ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. ult. cit., p. 295.

⁶³⁸ Cfr. comma 8 dell'art. 23 in commento.

questione.

Per un verso, non è chiaro, infatti, se le clausole in questione possano essere contenute nel contratto di lavoro (somministratore/lavoratore) o in quello di somministrazione (somministratore/utilizzatore), o in entrambi.

Per altro verso, non è parimenti chiaro se per “somministrazione di lavoro a tempo determinato” debba intendersi un contratto di lavoro a tempo determinato o, piuttosto, una somministrazione presso l'utilizzatore a tempo determinato. Nel caso, poi, in cui si accedesse a questa seconda lettura interpretativa - cioè quella per cui l'analisi si sposta dal contratto di lavoro a quello di somministrazione - rimarrebbe da chiarire se sia, o meno, sottinteso che la disciplina in questione si riferisca tanto al rapporto di lavoro a termine, quanto a quello a tempo indeterminato.

a) Iniziando dalla prima delle questioni che si sono sollevate, ragioni di opportunità inducono a preferire una lettura interpretativa ampia⁶³⁹ in modo da estendere il regime della nullità non solo alle pattuizioni intercorse tra somministratore e lavoratore, bensì anche a quelle convenute tra somministratore e utilizzatore. Questa ipotesi interpretativa trova conforto nell'inciso “anche indirettamente” che parrebbe manifestare la volontà di ricondurre sotto l'egida del dettato normativo in commento tutte le possibili modalità di limitazione delle *chances* occupazionali presso l'utilizzatore.

b) Riguardo al secondo dei due interrogativi prospettati, e cioè se la locuzione “somministrazione di lavoro a tempo determinato” è da intendersi riferita ad un contratto di lavoro a tempo determinato o, piuttosto, alla somministrazione a tempo determinato presso l'utilizzatore, sembrerebbe corretta questa seconda opzione⁶⁴⁰. Nel vigore della precedente disciplina, infatti, era pacifico che tali clausole si riferissero ad entrambe le ipotesi di assunzione (a tempo determinato e indeterminato) presso l'agenzia. È improbabile, quindi, che il legislatore abbia voluto intervenire, stravolgendolo, su questo segmento del sistema lasciando fuori dalla previsione in questione il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Poiché il d.lgs n. 276/2003 ha introdotto la fattispecie dello *staff leasing* (somministrazione a tempo indeterminato), con tutta probabilità si è voluto piuttosto specificare⁶⁴¹, con riguardo a questa nuova fattispecie di somministrazione, che essa non soggiace al disposto del comma 8 in commento. È questa, infatti, la circostanza che induce a rafforzare il rapporto di fedeltà con il somministratore per evitare i rischi di un abbandono a vantaggio dell'assunzione presso l'utilizzatore⁶⁴². Questo ovviamente non significa che a fronte dell'inapplicabilità del comma in questione

⁶³⁹ Per una condivisibile lettura interpretativa cfr. ancora CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p.112; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p.136.

⁶⁴⁰ In questo senso ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p. 312-313; *contra* BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.* p. 135; TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, p. 68 che invece interpretano la norma, riferita al contratto di lavoro e non a quello di fornitura.

⁶⁴¹ Principalmente per i casi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

⁶⁴² Alla stessa conclusione giunge, ma con un percorso argomentativo diverso, TIRABOSCHI, *Eternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in WP C.S.D.L.E., “Massimo D'Antona”, n. 54/2005, www.le.unix.it/euorlabor/ricerca/presentazione. L'autore, infatti, proprio rispetto alla somministrazione a tempo indeterminato individua un'incentivazione della fidelizzazione dei lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione attraverso l'apposizione di clausole limitative della facoltà di assunzione da parte dell'utilizzatore.

non sussistano regole cui far riferimento in siffatta ipotesi. Come si avrà modo di osservare, infatti, resta ferma la disciplina di cui all'art. 2125 del codice civile.

La norma in commento esprime, per l'appunto, la scelta del legislatore delegato di assecondare, modificando "l'impalcatura concettuale"⁶⁴³ della normativa previgente, l'esigenza, manifestata senza successo già sotto l'egida del precedente dettato normativo, delle agenzie di lavoro interinale (oggi somministrazione) di legare a se o meglio, per usare un'espressione molto in voga rispetto a questi temi, di *fidelizzare* le proprie maestranze.

L'argomentazione in questione muove dall'assunto che la somministrazione, in genere, costa più dell'appalto perché, come si è sopra accennato, offre un servizio migliore dovuto alle elevate professionalità formate dai somministratori. Questo rende, pertanto, opportuno il ricorso a pratiche, orientate a dare valore alla *fidelitas*⁶⁴⁴ verso il somministratore, che passano anche attraverso disposizioni del tipo di quella che si va esaminando. Nei casi di somministrazione a tempo indeterminato, in particolare, si cerca di salvaguardare l'arricchimento e approfondimento della *expertise* maturati presso il datore di lavoro/somministratore.

A fronte di tali nuove considerazioni, la *ratio* della previsione del summenzionato regime di nullità, coniugata con le relative eccezioni, parrebbe collocarsi in linea di parziale discontinuità con la precedente normativa. La finalità che sembra oggi perseguire la norma in commento non è più, o non è soltanto, quella di non ostacolare in alcun modo la trasformazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze del somministratore in rapporti di lavoro stabili alle dipendenze dell'utilizzatore⁶⁴⁵, e quindi una finalità in qualche modo collocativa, ma anche la tutela delle agenzie di somministrazione dalle fughe delle proprie maestranze⁶⁴⁶. L'inserimento del comma 9 sul quale v. *infra* il paragrafo 6.1, che generalizza la possibilità di derogare alla nullità delle clausole limitative dell'assunzione presso l'utilizzatore, rettifica, per l'appunto, la *ratio* della disciplina in questione e riformula, mutandolo, l'oggetto della tutela normativa che si spinge a contemplare, oggi, pure l'agenzia di somministrazione, nei termini sopra descritti.

La funzione collocativa riconosciuta a tale previsione nel vigore della precedente disciplina⁶⁴⁷, spiega come mai la dottrina sia stata indotta a ricondurre, entro il relativo ambito applicativo,

⁶⁴³ L'espressione è di TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, op. cit.

⁶⁴⁴ TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, op. cit., p. 68; sull'interesse delle imprese a conservare i lavoratori addestrati, di provata qualità e di sicuro affidamento, cfr., da ultimo, le considerazioni di RODANO, op. cit., spec. p. 436.

⁶⁴⁵ Nel senso che appunto il legislatore sotto l'egida della precedente disciplina aveva inteso evitare la stabilizzazione della precarietà, cfr. ROMEI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit., p. 154; ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia: dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. 196/1997*, op. cit., p. 16; LECCESE e PINTO, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, op. cit.; SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO, CARABELLI (a cura di), op. cit., p. 271-272; nello stesso senso BONARDI, la si può leggere sul punto, da ultimo, in *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 134; NICCOLAI, op. cit., p. 253 ss, ad avviso del quale, l'oggetto della tutela era proprio la libera esplicazione del diritto al lavoro del dipendente;

⁶⁴⁶ Sul punto cfr. invece ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., 313 che, sotto questo aspetto, pone la nuova normativa nel solco tracciato dalla vecchia legge e scorge nel comma in commento la medesima funzione collocativa assolta dalla disciplina previgente; nello stesso senso CIUCCIOVINO, op. cit., p. 112; in senso contrario BANO, *La somministrazione di lavoro*, in PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli 2004, p. 24 che evidenzia l'opzione legislativa volta a distinguere la somministrazione dall'intermediazione (quale fattispecie preposta alla funzione collocativa).

⁶⁴⁷ Le norme che, con riguardo alla precedente disciplina, prevedevano il regime della nullità per le clausole dirette ad impedire l'assunzione da parte dell'impresa utilizzatrice al termine dell'esecuzione del contratto di fornitura del lavoro temporaneo erano gli artt. 1 c. 6 e 3 c. 6 della l. n. 196/1997.

tanto le ipotesi di assunzione con rapporto di lavoro a termine quanto quelle di assunzione a tempo indeterminato⁶⁴⁸. Da quest'ultima considerazione, prende le mosse il terzo degli interrogativi prospettati, relativamente alla regola in esame, e di seguito descritto. La nuova disciplina presuppone, e quindi non esplicita a chiare lettere, che le clausole in questione si riferiscono tanto al rapporto di lavoro a termine quanto a quello indeterminato?

Poiché la norma in commento nel riunire in un'unica disposizione le previsioni che nel precedente dettato normativo erano contenute nelle due norme sopra citate (art. 1 comma 6 e 3 comma 6) - e ciò con una formulazione che coinvolgeva entrambi i tipi di rapporto - ha ommesso di fare chiarezza su tale questione fondamentale, l'interprete è obbligato a interrogarsi anche su tale cruciale aspetto della questione.

Qualche autore⁶⁴⁹ ha, giustamente, sollevato dubbi di legittimità costituzionale proprio con riguardo all'opzione ermeneutica che conduce a differenziare le vicende correlate ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato da quelle correlate ad un contratto di lavoro a tempo determinato. L'illegittimità avrebbe riguardo tanto alla garanzia della libertà di lavoro di cui all'art. 4 Cost., quanto al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Ciò perché l'ammissibilità di clausole di questo tipo solo per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato comporterebbe, in buona sostanza, la stipula di un patto di non concorrenza privo di corrispettivo e di limiti temporali, avente ad oggetto tutte le mansioni svolte dal lavoratore somministrato, presso tutti gli utilizzatori.

Questa lettura non è soddisfacente sotto il profilo della ragionevolezza.

Per superare, allora, eventuali obiezioni di legittimità costituzionale è possibile ritenere che tanto a fronte di assunzioni a tempo determinato, quanto a fronte di quelle a tempo indeterminato, debbano comunque essere rispettati i requisiti di validità di cui all'art. 2125 c.c., relativi al patto di non concorrenza, ed in particolare quello della onerosità del patto medesimo⁶⁵⁰.

Quanto poi alla locuzione "al termine del contratto di somministrazione", sembra opportuno precisare che essa va letta nell'accezione "al termine della missione"⁶⁵¹, ben potendo il contratto di lavoro avere una durata anche maggiore rispetto alla singola missione medesima.

A fronte della *ratio* sottesa al disposto del comma 8 della norma in commento, è possibile, infine, svolgere il ragionamento di seguito descritto.

Il regime della nullità di cui al comma 8 dell'art. 23 sarebbe limitato al patto funzionale ad evitare il costituirsi di un rapporto stabile con l'utilizzatore. Ciò significa che esso non potrebbe parimenti estendersi al patto di non concorrenza eventualmente sottoscritto con il datore di lavoro con il quale il lavoratore somministrato assume l'impegno di non prestare la propria attività presso altra

⁶⁴⁸ Cfr. SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit., ALESSI, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in NAPOLI (a cura di), op. cit., p. 1215; contra TIRABOSCHI, *La legalizzazione del lavoro intermittente tramite agenzia nell'ordinamento giuridico italiano. Prime riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, p. 41 ss.

⁶⁴⁹ BONARDI, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁶⁵⁰ BONARDI, *op. ult. cit.*, p. 135; sull'argomento v. pure ZAPPALÀ, *op. cit.*

⁶⁵¹ In ciò accogliendo la corretta impostazione del problema, da parte della dottrina, nel vigore del precedente dettato normativo. Si veda ROMEI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit. p. 155; in argomento pure CARINCI M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, *op. ult. cit.*, p. 324.

agenzia di somministrazione concorrente⁶⁵².

6.1. (segue)...L'eccezione

Come si è avuto modo di anticipare, oggi, e diversamente da quanto previsto nella l. n. 196/1997, è possibile derogare al divieto, sanzionato con il regime della nullità, di apporre clausole o ricorrere a pattuizioni dirette a limitare (anche indirettamente) la facoltà dell'utilizzatore di assumere i lavoratori, una volta esauritosi il contratto di somministrazione.

In effetti, alla luce di tale nuovo disposto normativo, è possibile vincolare il lavoratore somministrato al somministratore a fronte della corresponsione di un'adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore medesimo. In questo caso si configura, allora, un obbligo di fedeltà retribuito. Secondo qualche autore si tratterebbe proprio di una "clausola di fidelizzazione" che, come già osservato, evoca il patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 c.c. "anche se, a differenza di quest'ultimo, la limitazione è, *mirata* ad un soggetto preciso e determinato (l'utilizzatore)"⁶⁵³. Le ragioni di questa deroga sono state già prospettate nel paragrafo precedente, qui giova rammentare che tale deroga rafforza la finalità sopra menzionata di creare uno stretto legame tra somministratore e maestranze in funzione dell'accrescimento professionale di quest'ultime.

È opportuno, semmai, accennare ad una questione interpretativa che prende le mosse dalla non proprio perspicua formulazione del comma in commento.

Il legislatore non chiarisce, infatti, se questa indennità sia oggetto di una specifica pattuizione o possa, piuttosto, essere determinata unilateralmente dal somministratore.

È certo che i contratti collettivi, devono adempiere al delicato compito di individuare le coordinate sufficienti per pesare un ristoro in denaro che sia "adeguato" a compensare il sacrificio cui si sottopone il lavoratore ai sensi del comma in commento. Ed è certo, altresì, che non si potrà prescindere dalle indicazioni contenute in questa fonte normativa.

Non è altrettanto chiaro se l'individuazione del *quantum debeatur* sia affidata all'incontro dei consensi tra il somministratore ed il lavoratore somministrato o se sia sufficiente una determinazione unilaterale del somministratore sulla scorta di quanto statuito dai contratti collettivi, che possono ben limitarsi a prevedere un ammontare minimo del compenso.

Manca, per l'appunto, l'esplicita collocazione della pesatura dell'indennità in seno ad un contratto individuale. D'altro canto, l'attenzione della letteratura è per lo più concentrata sui limiti derivanti dalle disposizioni della contrattazione collettiva⁶⁵⁴, anche se, in effetti, il rinvio diffuso alle regole del patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 cod. civ., probabilmente è significativo di un

⁶⁵² Cfr. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 113; SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, *op. cit.* p. 266; in argomento pure NICCOLAI, *op. cit.*, p. 253-257.

⁶⁵³ CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, *op. cit.* p. 126.

⁶⁵⁴ ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p. 313; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.* p. 136; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, p. 114.

riconoscimento della natura consensuale della vicenda⁶⁵⁵.

Resta da chiedersi se in assenza di una disposizione negoziale in tal senso sia lo stesso ammissibile la deroga al comma 8 *de quo*.

È ragionevole ritenere che il contratto collettivo svolga la funzione non di mera fonte di riferimento per l'individuazione dell'esatto ammontare dell'indennità in questione ma proprio quella di condizione autorizzativa che rende possibile l'esplicazione dell'autonomia negoziale delle parti⁶⁵⁶.

Senza indugiare oltre sull'analisi della deroga contenuta nel comma in commento - e delle correlate questioni interpretative - e rinviando alla riflessione che da qui a breve si renderà necessaria a fronte dell'impatto della norma con la prassi applicativa, sembra opportuno svolgere almeno due considerazioni conclusive.

Non potrà ritenersi improntato ai principi della buona fede e correttezza comportamentale la mancata comunicazione da parte del somministratore all'utilizzatore dell'inserimento nel contratto di lavoro della clausola con cui il lavoratore si vincola, dietro corrispettivo, a non farsi assumere dall'utilizzatore al termine della missione⁶⁵⁷.

In difetto, poi, di determinazione dell'equo compenso in sede collettiva, sarà doveroso interrogarsi sull'ampiezza degli eventuali poteri del giudice e, quindi, se potrà, o no, essere esercitato un potere sostitutivo secondo equità⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, op. cit., p. 126; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 136; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, p. 114.

⁶⁵⁶ Parla di "clausola autorizzatoria" CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, p. 126; nella stessa direzione parrebbe pure ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 313.

⁶⁵⁷ Cfr. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 313.

⁶⁵⁸ Secondo ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. loc. ult. cit., p. 313, il giudice non può adeguare il compenso secondo equità.

La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*

Vito Pinto

1. Il contesto e le ragioni di una disciplina	213
2. La categoria (sostanziale) delle collaborazioni coordinate e continuative e la categoria delle prestazioni occasionali	217
2.1 I requisiti identificativi della nuova categoria: la collaborazione prevalentemente personale	221
2.2. Il requisito della continuità	224
2.3. Il requisito della coordinazione	225
2.4. La legge 17 agosto 2005, n. 173 e la nuova disciplina degli incarichi di vendita diretta al domicilio del consumatore	229
3. Il contratto di lavoro a progetto quale tipo particolare di collaborazione non subordinata. La riconducibilità "a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso"	231
4. La costituzione del rapporto: il vincolo di forma e la certificazione	240
5. La disciplina legale del rapporto	244
5.1. La disciplina generale delle collaborazioni in favore delle pubbliche amministrazioni. Cenni	254
6. L'estinzione del rapporto	256
7. Riferimenti bibliografici	259

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 34/2005

1. Il contesto e le ragioni di una disciplina

La legge n. 30/2003 e il successivo decreto delegato n. 276/2003 hanno ampliato il novero dei tipi contrattuali mediante i quali è possibile integrare un'attività lavorativa nell'organizzazione altrui (si pensi al contratto di inserimento, al contratto per prestazioni ripartite, al contratto di lavoro intermittente) e hanno modificato le discipline di alcuni tipi negoziali già esistenti (come nel caso del contratto di apprendistato o del part-time).

Nel caso del lavoro a progetto di cui agli artt. 61 ss. del d. lgs. n. 276/2003, però, il legislatore si è spinto oltre. Per un verso, ha tipizzato una nuova fattispecie contrattuale di lavoro autonomo⁶⁵⁹; per altro verso, dopo averla ricondotta alla categoria – non più meramente processuale – delle prestazioni coordinate e continuative, l'ha elevata a fattispecie negoziale (pressoché) esclusiva⁶⁶⁰.

Purtroppo, nel modificare così profondamente gli assetti normativi preesistenti, il legislatore storico ha proceduto con uno straordinario empirismo e, per certi aspetti, senza una piena consapevolezza dei problemi da regolare. La sciatta formulazione delle norme che ne è seguita spiega l'affanno dei giuristi impegnati nell'opera di razionalizzazione e di sistemazione nonché la diversità, talvolta radicale, delle proposte interpretative.

Tuttavia, prima di procedere all'indagine sul contenuto delle statuizioni normative in materia, ed al fine di comprenderne il senso, è opportuno delineare sinteticamente il contesto – giuridico, prima ancora che sociale, economico e politico – in cui l'iniziativa legislativa è maturata.

È noto, anzitutto, come il contratto d'opera regolato dal codice civile del 1942 sia fattispecie in cui è dedotto il compimento di "un'opera o un servizio [...] con lavoro prevalentemente proprio" del debitore della prestazione⁶⁶¹; e come ad esso sia imputata una disciplina generale - sebbene residuale - rispetto alle fattispecie negoziali particolari aventi ad oggetto un facere di cui al Libro IV del medesimo codice civile⁶⁶².

Peraltro, già nel 1959 il legislatore, nel delegare al Governo il compito di "assicurare minimi indelegabili di trattamento economico e normativo" uniformandosi agli accordi economici e ai contratti collettivi precedentemente stipulati, lo impegnava ad emanare norme di contenuto analogo anche con riferimento ai "rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni d'opera continuativa e coordinata" (art. 2, legge n. 741/1959). Già all'epoca, quindi, il testo legislativo individuava l'esistenza di fenomeni di autotutela collettiva da parte di soggetti che, pur impegnati in

⁶⁵⁹ In senso contrario PERSIANI, 2005, pp. 20-21 (ma v. pp. 13 e 17) per il quale le collaborazioni costituiscono "un *tertium genus* rispetto ai tipi tradizionali del lavoro subordinato e del lavoro rispetto ai tipi tradizionali del lavoro subordinato e del lavoro autonomo" (così a p. 19).

⁶⁶⁰ La categoria delle collaborazioni coordinate e continuative, infatti, comprende sia il lavoro a progetto, sia il contratto di agenzia e le diverse fattispecie di cui all'art. 61, co. 1, 2 e 3 (e, in questo senso, può dirsi categoria chiusa di rapporti giuridici tipici: in questo senso pare, oggi, anche PALLINI, 2005, § 5). Tuttavia, proprio perché impone che tali rapporti di collaborazione siano "riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso" (art. 61, co. 1, d. lgs.), il legislatore assegna al contratto di lavoro a progetto il ruolo di schema negoziale residuale e tendenzialmente esclusivo mediante il quale è possibile acquisire prestazioni lavorative connotate dalla coordinazione e dalla continuità (come chi scrive ha già sostenuto in PINTO, 2003, § 12 e 2004, p. 146; in termini, ora, anche SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 41; MARESCA, 2004, p. 662; LUNARDON, 2004a, pp. 19-20 e 38; PERSIANI, 2005, pp. 17 ss. e spec. pp. 19-20). Con l'effetto di limitare drasticamente la possibilità per l'autonomia privata di creare schemi negoziali diversi (come confermato dall'art. 69, co. 1, d. lgs.).

⁶⁶¹ Per un approfondimento di questi aspetti v., tra gli altri, CAGNASSO, 1994, p. 327.

⁶⁶² Cfr. l'art. 2222 c.c. In termini, ROMAGNOLI, 1990, p. 35; e, più recentemente, PERULLI, 1996, spec. pp. 85 ss. per il quale le singole fattispecie in discorso sarebbero in rapporto di reciproca esclusione (anche se ciò non precluderebbe la possibilità di integrazione di nuclei normativi).

un *facere*, non erano certamente qualificabili in termini di “lavoratori subordinati”. In attuazione di questa previsione, furono poi recepiti in d.P.R. gli accordi economici per gli agenti e rappresentanti di commercio delle imprese industriali (n. 145/1961), delle imprese commerciali (n. 1842/1960) e per gli agenti di assicurazione (n. 387/1961).

Successivamente, l’art. 409, n. 3, c.p.c. ha esteso la disciplina speciale del processo del lavoro non soltanto ai rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale, ma anche a tutti gli altri “rapporti di collaborazione” che – analogamente a questi – “si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”.

Proprio a partire da quest’ultima disposizione – e dalle norme ad essa esplicitamente o implicitamente collegate, quali l’art. 2113 c.c. o l’art. 429, co. 3, c.p.c. – ha preso le mosse l’elaborazione della “parasubordinazione” quale categoria teorica funzionale all’estensione per via interpretativa di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato anche a rapporti di *facere* personale che, pur caratterizzati dall’autonomia nell’esecuzione della prestazione, comportano altresì una posizione di dipendenza economica conseguente al dato fattuale della destinazione pressoché esclusiva delle attività del lavoratore a soddisfare l’interesse del committente⁶⁶³.

La giurisprudenza, però, è stata sostanzialmente refrattaria a questa prospettiva⁶⁶⁴. Esemplare, in proposito, è la sentenza della Corte Costituzionale n. 365 del 24 luglio 1995 con la quale è stata ritenuta giustificata l’applicazione del termine prescrizione ex art. 2951 c.c. in materia di spedizione e trasporto anche nell’ipotesi in cui il trasporto costituisca esecuzione di un rapporto di lavoro “parasubordinato” in base al presupposto che l’art. 409, co. 3, c.p.c. non configurasse una categoria in senso sostanziale.

Come è noto, poi, a partire dagli anni novanta più fattori – spesso combinati tra loro – hanno determinato un consistente processo sociale di creazione, da parte dell’autonomia privata, di schemi negoziali riconducibili alla categoria delle collaborazioni coordinate e continuative. Questo processo, la cui convenienza per i committenti derivava dai forti differenziali di trattamento economico e normativo esistenti tra il lavoro subordinato e quello autonomo, è peraltro avvenuto nel pieno rispetto della legge. I profondi mutamenti che hanno interessato l’organizzazione del lavoro e, in particolare, la sempre più frequente presenza di elementi di autonomia esecutiva nel lavoro subordinato o dell’integrazione funzionale e stabile del lavoro autonomo nell’attività economica altrui, infatti, sono state all’origine dell’inedita fungibilità e interscambialità tra contratti nei quali sia dedotta una prestazione di *facere* registrata negli ultimi anni. E questo processo sociale è stato talvolta favorito dalla propensione dei lavoratori – particolarmente evidente soprattutto nelle aree economicamente più sviluppate e dinamiche del Paese⁶⁶⁵ – a scegliere occasioni di impiego e formule negoziali che garantissero loro una maggiore libertà nella gestione del proprio tempo, oppure un maggior grado di gratificazione o realizzazione professionale (le quali,

⁶⁶³ Il problema è stato posto da SANTORO PASSARELLI, 1979, pp. 9 ss.; prospettiva condivisa, pur con temperamenti, da NAPOLI, 1993, p. 56 e 1998, p. 32; tra coloro che non hanno ritenuto possibile estendere in via interpretativa ai lavoratori “parasubordinati” diritti ulteriori rispetto a quelli espressamente ricollegati v., di recente, almeno FERRARO, 1998, p. 469; e GHERA, 2004, p. 83, per il quale l’art. 409 c.p.c. ha rilievo meramente processuale.

⁶⁶⁴ V., per tutti, PISANI, 1998, p. 43; BRINO, 2003, p. 116.

⁶⁶⁵ In termini GAETA, 1998, p. 126.

appunto, presuppongono generalmente una più consistente autonomia nella programmazione o nell'esecuzione del proprio lavoro)⁶⁶⁶.

Proprio la diffusione e la tipicità sociale dei rapporti di lavoro autonomo caratterizzati dalla coordinazione e dalla continuità costituisce il presupposto (di fatto) della più recente legislazione fiscale e previdenziale⁶⁶⁷.

Sul versante previdenziale, in prosieguo di tempo, è stata prevista in favore dei collaboratori autonomi anzitutto la possibilità di fruire di forme di previdenza complementare⁶⁶⁸; quindi, sono state loro estese l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti⁶⁶⁹, la tutela in caso di maternità, la disciplina degli assegni al nucleo familiare e quella della malattia in caso di degenza ospedaliera⁶⁷⁰; infine, l'art. 5 del d. lgs. 2 febbraio 2000, n. 38 ha imposto l'obbligo assicurativo contro gli infortuni e le malattie professionali anche in favore dei collaboratori (o lavoratori cd. parasubordinati) estendendo al committente tutti gli adempimenti che, in relazione al lavoro subordinato, sono imputati al datore di lavoro⁶⁷¹.

Quanto alla definizione legislativa di lavoratore "parasubordinato" - premesso che l'art. 5, co. 4, sembra considerare come meramente eventuale l'inserimento della prestazione nel ciclo produttivo del committente - il d. lgs. 38/2000 rinvia alla disciplina fiscale di cui all'art. 47, co. 1, lett. a, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (nel testo modificato dall'art. 34, legge 21 novembre 2000, n. 342). Orbene, quest'ultima norma assimila – assoggettandoli alla medesima disciplina tributaria – i redditi derivanti da attività relative "agli uffici di amministratore, sindaco o revisore di società, associazioni e altri enti con o senza personalità giuridica, alla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili, alla partecipazione a collegi e commissioni" a quelli "percepiti in relazione ad altri rapporti di collaborazione aventi per oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita"⁶⁷².

Sul piano del rapporto di lavoro, invece, la difficoltà di elaborare per via teorica uno statuto protettivo specifico per i collaboratori autonomi, unitamente alla crescente diffusione di forme negoziali difficilmente riconducibili sia all'area della "subordinazione" che a quella della

⁶⁶⁶ Per un approfondimento di questi temi v. PERULLI, 2003, p. 224; al quale sia consentito aggiungere, anche per i rinvii all'ampia letteratura sul tema, PINTO, 2004, 104-107.

⁶⁶⁷ Circostanza conseguente all'indifferenza della disciplina previdenziale ai problemi di tipizzazione dei rapporti di lavoro, come segnalato da CINELLI, 2000, p. 277 e, poi, anche da CARDONI, 2001, p. 629.

⁶⁶⁸ V. l'art. 2, lett. b, d. lgs. 124/1993 e, per quanto riguarda la ripartizione del finanziamento tra prestatore d'opera e committente, v. l'art. 8, co. 1, d. lgs. 124/1993 (che, come è noto, non contiene una specifica nozione di collaboratore, ma rinvia all'art. 409, n. 3, c.p.c.).

⁶⁶⁹ Più precisamente, ai sensi dell'art. 2, co. 26 della legge n. 335/1995 sono tenuti all'iscrizione nell'apposita Gestione separata istituita presso l'INPS "i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al comma 2, lettera a) dell'art. 49" del d.P.R. n. 917/1986 (norma che, all'epoca, dettava la definizione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa valida a fini tributari).

⁶⁷⁰ V. l'art. 59, co. 16, della legge n. 449/1997 come modificato dall'art. 51, co. 1, della legge n. 488/1999.

⁶⁷¹ Sui problemi derivanti dall'esistenza di una pluralità di nozioni legali di lavoro "parasubordinato" (processuale, previdenziale, fiscale) v., per il periodo antecedente l'entrata in vigore del d. lgs. 276/2003, NOGLER, 2000, pp. 1024 ss.

⁶⁷² Ove il termine "retribuzione", con ogni evidenza, non indica l'obbligazione pecuniaria caratteristica dei rapporti di lavoro subordinato, bensì il compenso percepito dal collaboratore quale corrispettivo della sua attività.

“autonomia” (così come storicamente elaborate), ha indotto alcuni giuslavoristi ad impegnarsi nella prospettiva di una riforma legislativa formulando anche alcune proposte de iure condendo.

In estrema sintesi, è possibile ricondurre queste proposte a due modelli regolativi.

Il primo di essi era fondato su una omogeneizzazione delle tutele legislative riconosciute ai lavoratori subordinati ed ai lavoratori autonomi. Le concrete prospettive regolative, però, erano notevolmente diverse a seconda che l'operazione si risolvesse in una sostanziale estensione delle tutele tradizionalmente imputate ai rapporti di lavoro subordinato ad aree e figure negoziali (non subordinate ma) caratterizzate dalla connessione funzionale con l'impresa altrui⁶⁷³; oppure che alcune fondamentali regole di protezione e garanzia fossero imputate ad una nuova categoria giuridica (cd. di lavoro senza aggettivi) comprensiva di tutti i contratti di lavoro preordinati alla coordinazione economico-organizzativa di una prestazione lavorativa personale nell'organizzazione altrui e rispetto alla quale l'area del lavoro subordinato – più ristretta - conservava lo statuto protettivo suo proprio⁶⁷⁴; o, infine, che la individuazione di regole comuni fosse preceduta da una significativa riduzione delle tutele inderogabili riconosciute ai lavoratori subordinati, con conseguente restituzione di istituti importanti del rapporto alla libera disponibilità dell'autonomia privata individuale⁶⁷⁵.

Il secondo modello regolativo, invece, era orientato verso la codificazione di un *tertium genus* in grado di risolvere, superandola, la tradizionale dicotomia tra lavoro autonomo e lavoro subordinato⁶⁷⁶. Mediante la creazione di una categoria giuridica intermedia, insomma, sarebbe stato possibile – ancora una volta – prevedere uno zoccolo minimo di tutele per contratti e rapporti di lavoro altrimenti di dubbia qualificazione e soltanto casualmente riconducibili al lavoro subordinato o, in alternativa, al lavoro autonomo. Sarebbe così stato possibile restituire le due categorie tradizionali alla loro più rigorosa vocazione originaria.

Il dibattito tra i giuristi, poi, si è presto tradotto in puntuali proposte e progetti di legge dei quali, però, non è necessario dare conto in questa sede⁶⁷⁷.

Sta di fatto che in questo complesso contesto è stata elaborata l'opzione di politica legislativa che, partendo dal Libro Bianco dell'ottobre 2001⁶⁷⁸ e passando per il Patto per l'Italia sottoscritto il 05 luglio 2002⁶⁷⁹, ha poi informato e conformato la disciplina della legge 30/2003 e del decreto legislativo 276/2003.

⁶⁷³ ALLEVA, 1994, p. 780 ss. e 1996, p. 187 ss.

⁶⁷⁴ D'ANTONA, 1989, p. 47 ss.; 1996, p. 195 ss. e 1998, pp. 300 ss.; in prospettiva in parte analoga anche TREU, 2001, pp. 200 ss.

⁶⁷⁵ ICHINO, 1996, p. 54 ss. e 1998, spec. pp. 64-69.

⁶⁷⁶ V. la proposta *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, di DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA e PERSIANI (in *Lavoro e Inf.*, 1996, nn. 15-16, pp. 75 ss.). V. anche DE LUCA TAMAJO, 1997, pp. 41 ss. e FLAMMIA, 1997, pp. 161 ss.

⁶⁷⁷ Le proposte di regolamentazione, a loro volta, hanno ulteriormente alimentato il dibattito scientifico (sebbene in una prospettiva di politica del diritto). In proposito, v. AA.VV., 1997; nonché ai diversi interventi pubblicati in *Dir. lav.*, 2000, I, pp. 263-322; MONTUSCHI, 1998, p. 694; PERULLI, 1998, pp. 73 ss.; PEDRAZZOLI, 1998, pp. 9 ss.; BIAGI, TIRABOSCHI, 1999, pp. 581 ss.; LISO, 2000, pp. 864 ss.; BELLOCCHI, 2003, pp. 202. Il dibattito sulla regolamentazione delle collaborazioni non subordinate è proseguito anche successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. 276/2003: v., per tutti, ALLEVA, 2004, pp. 33 ss.; PALLINI, 2005, § 4.

⁶⁷⁸ V., in particolare, le pp. XIII, 39-40 nonché il § II.3.6.

⁶⁷⁹ V. il § 2.4.

2. La categoria (sostanziale) delle collaborazioni coordinate e continuative e la categoria delle prestazioni occasionali

La disciplina contenuta negli artt. 61 e ss. del d. lgs. 276/2003, come anticipato, non si limita a regolare un nuovo tipo contrattuale (il lavoro a progetto, appunto)⁶⁸⁰, ma ha anche incontrovertibilmente⁶⁸¹ attribuito alla categoria – non più “aperta”, come precisato supra, § 1 – di rapporti di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c. un rilievo sostanziale (e non più meramente processuale)⁶⁸².

La legge delega, in realtà, era abbastanza chiara ed univoca nel prevedere che “con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative” il legislatore delegato dovesse limitarsi ad imporre la “stipulazione dei relativi contratti mediante un atto scritto”, dal quale risultassero “la durata, determinata o determinabile, della collaborazione, la riconducibilità di questa a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso, resi con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, nonché l’indicazione di un corrispettivo [...] proporzionato alla qualità e quantità del lavoro” (art. 4, co. 1, lett. c, n. 1); nonché a differenziarle “rispetto ai rapporti di lavoro meramente occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell’anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivo per lo svolgimento della prestazione sia superiore a 5.000 euro” (art. 4, co. 1, lett. c, n. 2).

L’intento del legislatore delegante, insomma, era quello di integrare l’ampia dizione dell’art. 409, n. 3, c.p.c. in modo da circostanziare la relativa categoria di rapporti⁶⁸³ ed evitare, per questa via, quell’uso abnorme dei contratti ad essa riconducibili di cui si è già scritto⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Il termine “tipo” è impiegato nel testo in senso non tecnico, ossia come sinonimo di “schema” o “modello” negoziale. *Contra*, PERULLI, 2004, p. 84, per il quale “il lavoro a progetto non rappresenta [...] un nuovo tipo contrattuale ma delinea i tratti meta-tipici di una parte del lavoro autonomo che si concreta – come recita la norma processuale – ‘in una prestazione d’opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale’; e che, ora, dovrà essere anche riconducibile ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso”. Per questo A., quindi, il legislatore si è limitato a creare una nuova categoria di rapporti. *Contra*, altresì, FERRARO, 2004, p. 250. Altra questione, pure affrontata in dottrina, è se il contratto di lavoro a progetto costituisca un tipo negoziale autonomo rispetto al contratto d’opera di cui all’art. 2222 c.c. (PROIA, 2004, pp. 671 e 673) oppure se costituisca un sotto-tipo dello stesso (SANTORO PASSARELLI, 2004b, p. 562; e pur segnalando significative analogie con il contratto d’appalto: SANTORO PASSARELLI, 2004a, pp. 38-39). L’alternativa è posta, ma non sciolta, da GHERA, 2005, p. 224.

⁶⁸¹ Incontrovertibilmente, perché – con ogni probabilità – la medesima conclusione sarebbe stata già argomentabile in base all’art. 1, co. 3, legge n. 142/2001; o all’art. 6, co. 2, del d. lgs. 297/2002 (che ha sostituito l’art. 9-bis, co. 2, del d.l. n. 510/1996 convertito, con modificazioni, in legge n. 608/1996).

⁶⁸² In termini, sebbene implicitamente, anche VALLEBONA, 2005, p. 158; tra i molti v., almeno, GHERA, 2005, p. 200; ZILIO GRANDI, 2004, p. 763; *contra*, NAPOLI, 2005, p. 37.

Conclusione per molti aspetti analoga a quella proposta da chi scrive nella prima edizione di questo commentario è quella alla quale è successivamente giunto PEDRAZZOLI, 2004, pp. 689 ss., con la differenza che secondo questi nella trasposizione della categoria di cui all’art. 409 c.p.c. sul piano sostanziale il legislatore avrebbe operato un’integrazione della stessa introducendo l’elemento della riconducibilità al progetto, programma o fase; nonché una serie “ridondanti precisazioni” finalizzate a dissipare ogni dubbio in ordine alla loro appartenenza alla categoria del lavoro autonomo (il riferimento è, in particolare, alla gestione autonoma in funzione del risultato e all’irrelevanza del tempo impiegato per l’esecuzione dell’attività lavorativa) (arg. ex art. 61, co. 1, d. lgs.). Sennonché, questo giurista pare escludere ogni rilevanza qualificatoria del “progetto specifico, programma di lavoro o fase di esso” allorché afferma la riconducibilità alla categoria in discorso anche delle cd. “collaborazioni semplici” (vale a dire delle collaborazioni di cui ai commi 2 e 3 del medesimo articolo 61) (p. 693).

⁶⁸³ MISICIONE, 2003, p. 817; *contra*, BELLOCCHI, 2003, p. 209 e TIRABOSCHI, 2003, p. 109, per il quale “stante la lettera della delega ci si sarebbe invero potuti limitare a tipizzare una nuova figura contrattuale, caratterizzata per la presenza di un progetto o di un programma specifico, o di una fase di esso”.

⁶⁸⁴ Infatti, l’intento del Governo – dichiarato anche nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. 848/2001 – era quello di evitare l’utilizzazione “in funzione elusiva o frodatoria della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato”. Sennonché, l’abuso – vale a

Con altrettanta evidenza, il legislatore delegato – contravvenendo ai principi ed ai criteri direttivi dettati dalla legge 30/2003⁶⁸⁵ – ha previsto che un'ampia serie di rapporti, pur qualificabili in termini di collaborazioni coordinate e continuative, non debbano essere caratterizzati dalla predefinizione negoziale dello specifico segmento dell'attività del committente in cui la prestazione lavorativa è destinata ad inserirsi; e, soprattutto, così facendo ha ridotto l'inerenza ad un progetto o programma di lavoro (o fase di esso) ad elemento tipizzante di una soltanto delle specie riconducibili al genus delle collaborazioni non subordinate⁶⁸⁶.

Le altre specie comprese nel genere, ma non assoggettate alla disciplina specifica del lavoro a progetto, sono anzitutto i rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale (arg. ex art. 61, co. 1); i rapporti instaurati dalle pubbliche amministrazioni (ex art. 6, legge 30/2003 e art. 1, co. 2, d. lgs. 276/2003)⁶⁸⁷, ma anche dagli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI nonché dalle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali; i rapporti instaurati con professionisti iscritti in albi professionali esistenti al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo (e che non si risolvano in una prestazione d'opera ex art. 2229 c.c.)⁶⁸⁸; i rapporti instaurati con i pensionati di vecchiaia⁶⁸⁹; i rapporti aventi ad oggetto la partecipazione ad "organi di amministrazione e controllo delle società" nonché ad altri "collegi e commissioni" di qualsiasi natura (arg. ex art. 61, co. 3); e, infine, sebbene in via transitoria, tutte le collaborazioni in atto al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo che, appunto, non possano essere ricondotte "a un progetto o a una fase di esso" (art. 86, co. 1, d. lgs.)⁶⁹⁰.

Peraltro, e in ordine alla ratio sottostante tali esclusioni, sono state avanzate diverse ipotesi⁶⁹¹, sebbene non sia mancato anche chi abbia manifestato dubbi circa la ragionevolezza delle scelte

dire la simulazione – delle collaborazioni ben avrebbe potuto essere contrastato con il potenziamento dei controlli ispettivi del Ministero del lavoro (o, eventualmente, con misure di politica giudiziaria tendenti a rendere più celere l'accertamento della simulazione da parte dei magistrati e la conversione del rapporto simulato in rapporto di lavoro subordinato. L'intervento legislativo, invece, sembra più funzionale al controllo, e al contenimento, dell'impiego anormale (ma legittimo) delle collaborazioni in discorso.

⁶⁸⁵ In termini, PERULLI, 2004, p. 80, parla, a tale riguardo, di "traduzione infedele della delega".

⁶⁸⁶ Opinione già proposta nella precedente versione di questo contributo e, poi, condivisa da GHERA, 2005, p. 200; nonché da PALLINI, 2005, § 6.

⁶⁸⁷ In questo caso, però, nel pieno rispetto della legge delega. Sulla disciplina sostanziale degli incarichi di collaborazione conferiti dalle pubbliche amministrazioni v., *infra*, § 5.1.

⁶⁸⁸ Pertanto, per stipulare legittimamente una collaborazione coordinata e continuativa esclusa dal campo di applicazione della disciplina del lavoro a progetto, non sarà sufficiente che il collaboratore sia titolare di partita IVA.

⁶⁸⁹ La circolare ministeriale 8 gennaio 2004, n. 1 (in *Guida al lav.*, n. 3/2004, 17 ss.) ha confermato che l'esclusione riguarda i soli percettori della pensione di vecchiaia e non anche i titolari di pensione di anzianità o di invalidità, perpetrando quella che VISCOMI, 2004, p. 320, chiama "sicura anomalia". In termini, a quanto pare, anche MISCIONE, 2004, p. 469 e, specialmente, nt. 26.

⁶⁹⁰ PEDRAZZOLI, 2004, p. 735, nell'individuare l'ampiezza di quella che egli chiama "l'altra metà del cielo" (rispetto alla metà alla quale si applica il titolo VII del d. lgs. 276 del 2003), aggiunge ai rapporti elencati in testo una serie di eccezioni "implicite", individuate nel rapporto degli sportivi professionisti non subordinati (art. 3, legge 23 marzo 1981, n. 91); nonché nel rapporto dei soci di cooperativa (art. 1, co. 3, legge 3 aprile 2001, n. 142).

⁶⁹¹ Per una disamina dettagliata delle differenti ragioni sottostanti le diverse ipotesi di esclusione, cfr. CASTELVETRI, 2004, pp. 140 ss.; nonché, PEDRAZZOLI, 2004, pp. 727 ss. Propende per l'individuazione di una ratio comune, PONARI, 2004, p. 200, il quale sostiene che tale esclusione si riferisca a situazioni in cui la forza contrattuale del collaboratore è tale da lasciar presumere che "non si possa realizzare quell'appropriamento della debolezza contrattuale del collaboratore coordinato e continuativo che è la ragione alla base della nascita e regolamentazione del lavoro a progetto".

legislative⁶⁹². Al di là, tuttavia, delle valutazioni che possono essere espresse nel merito, pare fuor di dubbio che tali esclusioni abbiano determinato un significativo ridimensionamento dell'area di incidenza della riforma⁶⁹³.

Controversa, ma comunque preferibile, è l'ipotesi della riconducibilità al medesimo genere dei rapporti "occasionalisti" di cui all'art. 61, co. 2.

Più precisamente, la circostanza che il legislatore – delegante e delegato – abbia escluso la categoria delle "prestazioni occasionali" dal campo di applicazione dell'obbligo di riconduzione della prestazione lavorativa ad un progetto, programma o fase dell'attività del committente, dimostra come la categoria di rapporti contraddistinta dalla "occasionalità" del vincolo giuridico intercorrente tra le parti è interna all'area delle collaborazioni coordinate e continuative (delimitata, invece, in ragione del diverso criterio delle caratteristiche proprie dell'obbligazione lavorativa)⁶⁹⁴. Ciò è stato successivamente confermato, tra l'altro, anche dalla circolare ministeriale 8 gennaio 2004, n.1, la quale riconduce espressamente le prestazioni occasionali alle collaborazioni coordinate e continuative, distinguendole tanto dal lavoro accessorio di cui agli artt. 70 e ss. del d. lgs. 276/2003, quanto dalle attività di lavoro autonomo occasionale vero e proprio, ossia da quelle attività non caratterizzate dal coordinamento e dalla continuità (e che conseguentemente – sempre nell'interpretazione ministeriale – sarebbero riconducibili al contratto d'opera di cui all'articolo 2222 c.c.)⁶⁹⁵.

Chi sostiene il contrario, ossia chi riferisce l'attributo "occasionale" alle prestazioni di lavoro⁶⁹⁶, pare eccessivamente condizionato da quell'orientamento giurisprudenziale che, nell'interpretare l'articolo 409, n. 3, c.p.c., assegnava all'elemento della "continuità" in esso contenuto un significato analogo a quello di "non occasionalità" e, conseguentemente, stabiliva una contrapposizione semantica tra i concetti di "continuità" e di "occasionalità"⁶⁹⁷.

Senonché, questo è il punto, il legislatore non si è attenuto a questo uso terminologico (v. anche *infra*, § 2.4).

In coerenza con quanto previsto dall'art. 4, co. 1, lett. c, n. 2, legge 30/2003, infatti, l'art. 61, co.

⁶⁹² MAGNANI-SPATARO, 2004b, p. 418; con specifico riguardo alla limitazione dell'esclusione ai soli professionisti iscritti negli albi esistenti alla data di entrata in vigore del decreto, cfr. VISCOMI, 2004, p. 319 e CANAVESI, 2004, p. 228; con specifico riferimento, poi, alla esclusione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati dalle pubbliche amministrazioni, VALLEBONA, 2004a, p. 23; ICHINO, 2005, p. 145; PALLINI, 2005, § 8.

⁶⁹³ PEDRAZZOLI, 2004, p. 727.

⁶⁹⁴ In termini, DE LUCA TAMAJO, 2003, § 11; BASENGHI, 2004, p. 255; VISCOMI, 2004, p. 317; PERULLI, 2004, p. 81; SANTORO PASSARELLI, 2004a, pp. 46-47; LAI, 2005, p. 129. Cfr., inoltre, circolare INPS 22 gennaio 2004 (in *Guida al lav.*, n. 5/2004, pp. 40-41), secondo la quale "parimenti sono soggette a contribuzione previdenziale le prestazioni 'occasionalisti', di durata inferiore a trenta giorni e per un compenso non superiore a 5.000 euro, in riferimento al medesimo committente, sempre che sia configurabile un rapporto di collaborazione coordinata di cui all'art. 50, comma 1, lettera c-bis) del Tuir e non ci si trovi in presenza di un rapporto di lavoro autonomo di cui all'art. 2222 c.c." (n. 2). *Contra*, PIZZOFRATTO, 2003, p. 641, nt. 58.; SPAGNUOLO VIGORITA, 2004, p. 653; LUNARDON, 2004b, p. 268; PEDRAZZOLI, 2005, pp. 231 e 239; BORZAGA, 2004, pp. 283 ss.

⁶⁹⁵ La medesima circolare individua la *ratio* dell'esclusione dall'obbligo di riconduzione ad un progetto nella limitata "portata" socio-economica delle prestazioni occasionali.

⁶⁹⁶ Cfr. PEDRAZZOLI, 2005, p. 239 il quale evidenzia che l'espressione "prestazioni coordinate e continuative a carattere occasionale" è "difficilmente sostenibile, siccome autocontraddittoria: una sorta di ossimoro". V., tra gli altri, anche SPAGNUOLO VIGORITA, 2004, p. 653.

⁶⁹⁷ V., tra le molte, Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, mass.; Cass. 6 maggio 1985, n. 2842, mass. Per quanto riguarda il diritto positivo, l'espressione "continuativa non occasionale" riferita alle collaborazioni è impiegata nell'art. 1, co. 3, della legge n. 142 del 2001.

2, esplicitamente impone che debbano intendersi per “prestazioni occasionali” quelle intercorrenti con uno stesso committente ed aventi una durata massima predeterminata dal legislatore (pari a trenta giorni) o anche inferiore se da esse il lavoratore trae un reddito non elevato (pari al massimo a cinquemila euro).

Il senso letterale della norma, insomma, è tale per cui l'occasionalità non è certamente riferibile alla struttura dell'obbligazione, cioè non individua la prestazione dovuta in funzione del tempo (meglio: l'attributo non può essere considerato come sinonimo di istantaneità dell'adempimento); né è riferibile alla durata dell'efficacia del contratto (che è direttamente stabilita dalla legge).

Il significato della prescrizione emerge chiaramente se il termine “prestazioni”, qualificato dall'occasionalità, è inteso come sinonimo di “rapporti giuridici” (la norma delegante contiene appunto l'espressione “rapporti di lavoro meramente occasionali”). Ciò che è occasionale, in definitiva, è il “contatto sociale” tra le parti, che è empiricamente episodico o, meglio, sporadico (infatti, entrambi i limiti quantitativi sono espressamente qualificati come “complessivi” e riferiti ai rapporti instaurati dal lavoratore “nel corso dell'anno solare con lo stesso committente”).

Del resto, non pare vi siano altre ragioni che impongano di superare il senso letterale della disposizione.

Si potrebbe, per il vero, obiettare che l'art. 4, co. 1, lett. c, n. 2, della legge delega è testualmente nel senso di distinguere questi rapporti dalle collaborazioni coordinate e continuative⁶⁹⁸, ma è altresì vero che il senso della previsione era quello di rendere non applicabile ai rapporti occasionali la disciplina (che sarebbe stata) dettata per le seconde. Ed è, appunto, quanto espressamente previsto dal decreto delegato la cui disciplina, in effetti, è tale da escluderle dall'ambito di applicazione della sola disciplina del lavoro a progetto⁶⁹⁹.

Chi condivida la proposta interpretativa di chi scrive, deve conseguentemente ammettere che nell'ambito di un rapporto di lavoro - per quanto occasionale nel senso che è stato precisato -

⁶⁹⁸ In termini, BORZAGA, 2004, p. 286; previsione ovvia per PEDRAZZOLI, 2005, p. 243 e per quanti, come lui, ritengono che il l'occasionalità sia necessariamente un requisito delle prestazioni e che, conseguentemente, non possa predicarsi delle stesse la continuità e l'occasionalità. Il punto è già stato adeguatamente chiarito in testo.

⁶⁹⁹ La tesi esposta in testo non impedisce un'interpretazione ragionevole dell'articolo 44, co. 2, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito, con modificazioni in legge 24 novembre 2003, n. 326, il quale ha esteso anche ai “soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale” l'obbligo di iscrizione “alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335” purché “il reddito annuo derivante da dette attività sia superiore ad euro 5.000”. In questo caso, infatti, l'attributo “occasionale” è riferito alla prestazione (meglio: alla struttura dell'obbligazione) e, quindi, è davvero utilizzato con un significato opposto a quello di “continuità”. Del resto, la medesima previsione prosegue disponendo che “al versamento del contributo da parte dei soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale si applicano le modalità ed i termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla predetta gestione separata”. Equiparazione normativa che ha senso solo se si presuppone che i lavoratori in discorso non appartengano alla categoria dei collaboratori indipendenti.

L'art. 44, co. 2, legge n. 326/2003, insomma, deve essere interpretato in combinato disposto con l'art. 2, co. 26, legge n. 335/1995 poiché assolve alla funzione di allargare la platea degli obbligati all'iscrizione presso la Gestione separata dell'INPS. Se questa seconda previsione, infatti, già obbligava all'iscrizione ed alla contribuzione i collaboratori coordinati e continuativi (ivi compresi quelli che siano tali solo occasionalmente, secondo quanto stabilito dall'art. 61, co. 2, d. lgs. n. 276/2003 così come qui interpretato), la norma più recente estende l'obbligo anche a coloro che svolgano – in modo non professionale, evidentemente – attività di lavoro autonomo non coordinato ricavandone un reddito annuale superiore ai 5.000 euro.

In termini, MISCIONE, 2004, p. 469; cfr. anche la circolare INPS 22 gennaio 2004. *Contra*, PIZZOFRATO, 2003, pp. 640 e ss.

possa essere dedotta, oltre che un'obbligazione destinata ad essere adempiuta *uno actu*, anche una vera e propria obbligazione di durata, destinata a soddisfare un interesse durevole del committente⁷⁰⁰ (anche se per un tempo massimo che il legislatore vuole, per insindacabile scelta di politica del diritto, breve). Non è illogico, insomma, che in un rapporto occasionale sia dedotta una prestazione lavorativa qualificabile in termini di "collaborazione coordinata e continuativa"; esattamente come, con riferimento al rapporto di lavoro subordinato, l'apposizione di un termine di durata al contratto non contraddice la continuità (in senso tecnico) del vincolo.

Con ogni conseguenza, evidentemente, circa la disciplina del rapporto anche sotto il relevantissimo profilo del rito applicabile in caso di controversia giudiziaria.

2.1 I requisiti identificativi della nuova categoria: la collaborazione prevalentemente personale

Ciò posto, è necessario anzitutto indagare quali siano gli elementi strutturali che qualificano – e identificano – le collaborazioni non subordinate richiamate dall'art. 409, n. 3, c.p.c.; e, nello stesso tempo, è indispensabile stabilire se il d. lgs. 276/2003 abbia introdotto dati normativi in grado di integrare e specificare l'ampia e generica formulazione della norma processuale⁷⁰¹.

I connotati della "continuità" e della "coordinazione" con l'attività del committente – ai quali già l'art. 409 c.p.c. attribuiva rilievo giuridico – sono, certamente, di contenuto generico ed equivoco⁷⁰²; ma, nonostante ciò, è necessario oggi trarne un criterio distintivo sufficientemente affidabile in base al quale operare una qualificazione giuridica dei rapporti concreti e selezionare la disciplina applicabile.

La questione non ha un rilievo meramente teorico. Dalla ricostruzione dogmatica che si opera dipende anche l'esatta delimitazione del divieto di creare contratti atipici in cui sia dedotta una collaborazione coordinata e continuativa, posto dal legislatore in deroga all'art. 1322, co. 2, c.c. e sanzionato con la conversione del negozio in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (cfr. l'art. 69, co. 1).

⁷⁰⁰ SANTORO PASSARELLI, 2004a, pp. 37-38.

⁷⁰¹ Per SPAGUOLO VIGORITA, 2004, p. 653, ad esempio, nel nuovo quadro legale non è più possibile sminuire la capacità definitoria e distintiva del requisito del coordinamento (come, invece, avveniva nell'interpretazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c.). Se in passato, infatti, "l'accertamento della continuità del rapporto consentiva di ritenere implicito il coordinamento" – ragione per cui quest'ultimo "si configurava più che come elemento complementare della fattispecie, quale elemento confermativo della situazione di dipendenza economica" che la continuità rivelava – a seguito del d. lgs. e della definizione di prestazioni occasionali di cui all'art. 61, co. 2, "è necessario dare al coordinamento una interpretazione più selettiva" interpretandolo "quale potere per l'imprenditore committente di incidere, con strumenti di supervisione e di indirizzo, sulla attività di lavoro autonomo". Conclusione condivisa da chi scrive per il diverso motivo che sarà meglio esposto *infra*, § 2.4: per la necessità, cioè, di distinguere la categoria delle collaborazioni coordinate e continuative da quella limitrofa del lavoro subordinato nonché da quella più ampia, e che la contiene, del lavoro autonomo/non subordinato (fattispecie che, come è noto, ruotano appunto intorno all'esistenza o meno di un potere di conformazione del lavoro).

⁷⁰² SCOGNAMIGLIO, 1999, pp. 1188 e 1202 il quale, criticando i disegni di politica del diritto discussi nella comunità dei giuslavoristi, aveva avvertito che non sarebbe stato possibile fare confluire i diversi rapporti di lavoro autonomo "in una categoria a sé stante, costruita sulla fragile base di connotati comuni, esterni alla causa del contratto in cui la prestazione è dedotta, e di contenuto generico ed equivoco [...] quali la continuità e coordinatezza con le richieste dell'altro contraente"; tanto è vero che i giuristi più attenti hanno sempre forzato il dato letterale cercando di integrare per via interpretativa la definizione legislativa (v., ad esempio, PEDRAZZOLI, 1984, p. 478, il quale ritiene che l'interpretazione combinata dei due requisiti in discorso debba attribuire rilievo giuridico anche all'ulteriore requisito della destinazione esclusiva della prestazione a soddisfare l'interesse del committente). Oggi, v. PERSIANI, 2005, p. 10.

Orbene, nell'indagine pare possa essere attribuito rilievo fondamentale alla nozione di "collaborazione" così come utilizzata – oltre che nel testo dell'art. 409, n. 3, c.p.c. – anche nel recente decreto. L'art. 61, co. 1, infatti, contiene l'espressione "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa" (espressione testualmente ripresa nell'art. 69, co. 1); mentre il successivo co. 3 utilizza a fini normativi la dizione di "rapporti e [...] attività di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate".

Poiché gli aggettivi "coordinata" e "continuativa" qualificano la "collaborazione", pare sia giustificato attribuire a quest'ultima valore essenziale ai fini della distinzione rispetto al lavoro subordinato e al lavoro autonomo tout court.

La questione è delicata perché anche l'art. 2094 c.c., nel definire il lavoratore subordinato, descrive la prestazione lavorativa (manuale o intellettuale) dovuta in termini di "collaborazione nell'impresa"; "collaborazione" le cui caratteristiche strutturali sono esplicitate dalla seconda parte della norma, introdotta dal gerundio. È il legislatore stesso, insomma, a chiarire che "collaborare" significa effettuare una prestazione di lavoro "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"⁷⁰³. Ma è resa certamente più complessa dalla circostanza che il diritto vigente non pare offra alcun elemento o indicazione che consenta di definire con più precisione il connotato della "autonomia della prestazione": ragione per cui quest'ultimo assume una valenza meramente negativa, da intendersi come assenza del vincolo di subordinazione (come testualmente precisato anche dall'art. 2222 c.c.)⁷⁰⁴. Qualificabile in termini di lavoro genuinamente autonomo, quindi, è soltanto la prestazione personale che non sia caratterizzata dalla collaborazione di cui all'art. 2094 c.c.

Orbene, in quest'ultima previsione il "lavorare insieme" evocato dal termine "collaborazione" è qualificato dalla soggezione del lavoratore ai poteri del datore di lavoro quale effetto naturale del contratto (in quanto "alle dipendenze" del creditore della prestazione) e, in particolare, al potere direttivo quale effetto giuridico necessario derivante dalla stipulazione del contratto di lavoro subordinato (in quanto "sotto la direzione" del creditore medesimo)⁷⁰⁵. In questa prospettiva, insomma, la subordinazione è un carattere della collaborazione e l'eterodirezione del lavoro è la caratteristica strutturale che qualifica il tipo negoziale.

La ricostruzione è confermata anche qualora l'argomentazione sia condotta a partire dai dati normativi relativi al contratto d'opera e al lavoro autonomo, nell'ambito del quale manca appunto l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo: il debitore, infatti, deve eseguire la prestazione lavorativa "secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte" (arg. ex art. 2224, co. 1, c.c.)⁷⁰⁶.

Le previsioni precedentemente richiamate pare consentano una conclusione (per quanto provvisoria e da sottoporre a più adeguati approfondimenti e verifiche): il tratto comune alle

⁷⁰³ Secondo l'interpretazione recentemente proposta da CARABELLI, 2004, pp. 23-24 (ove anche una critica analitica delle altre posizioni teoriche in materia di "collaborazione").

⁷⁰⁴ Insomma, "nel campo variegato del lavoro autonomo manca un qualsiasi elemento idoneo alla funzione aggregante che nell'altro campo è adempiuta dalla subordinazione" (MENGONI, 2002, p. 21); v. anche SCOGNAMIGLIO, 1999, p. 1199; GHERA, 2004, p. 58.

⁷⁰⁵ CARABELLI, 2004, p. 28.

⁷⁰⁶ Mentre il lavoratore subordinato, si ricordi, è tenuto ad "osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende" (art. 2104, co. 2, c.c.).

“collaborazioni coordinate e continuative” di cui all’art. 61 d. lgs. 276/2003 e al lavoro autonomo *tout court* è certamente l’elemento negativo rappresentato dall’assenza di quella particolare “collaborazione” che è caratteristica della subordinazione. Tuttavia, poiché oggi è necessario anche individuare un elemento che distingua in positivo la nuova categoria sostanziale da quella di cui all’art. 2222 c.c. (che è più ampia e la comprende), è altresì necessario identificarlo nell’altro tipo di “collaborazione” che il legislatore qualifica come continuativa e, soprattutto, coordinata (con l’attività organizzata dal committente).

Peraltro, pare vi sia un solo modo di interpretare il termine “collaborazione” (non subordinata) che lo avvicini – pur distinguendolo – all’altra collaborazione (quella subordinata) e che, quindi, giustifichi l’uso che il legislatore compie del concetto: vale a dire, di considerare implicito nel “collaborare” una qualche forma di assoggettamento del debitore ad un potere del creditore della prestazione (salvo, poi, precisarne contenuto e limiti)⁷⁰⁷.

Per un verso, insomma, anche i rapporti rientranti nella categoria della cd. “parasubordinazione”, come tutti i rapporti di lavoro autonomo, hanno ad oggetto un *facere* “prevalentemente personale” (cfr. l’art. 61, co. 1). E ciò ripropone il problema pratico dell’accertamento della prevalenza dell’apporto personale rispetto ai mezzi impiegati e/o al lavoro altrui nel “processo autoorganizzatorio dell’attività del lavoratore”⁷⁰⁸.

Tale prevalenza, al contrario di quanto emerge talvolta in alcune sentenze⁷⁰⁹, non deve essere intesa in termini meramente quantitativi, ma anche qualitativi. Pare, insomma, che possano e debbano essere estesi a tutte le collaborazioni i criteri in più occasioni utilizzati dalla giurisprudenza, anche di legittimità, con riferimento alle collaborazioni instaurate con liberi professionisti⁷¹⁰. Dovrebbero essere adeguatamente valorizzati, ad esempio, indici quali l’infungibilità dell’apporto del collaboratore (pur nel concorso con l’attività di terzi) nell’esecuzione dell’attività dedotta in contratto (e ciò anche in ragione delle cognizioni teoriche, delle abilità o dell’esperienza necessaria a svolgere l’attività); o la funzione di mero supporto (o di preparazione o di completamento) concretamente assolta dall’attività altrui rispetto a quella propria del collaboratore.

Per altro verso, rispetto al lavoro autonomo *tout court*, la “collaborazione” implica l’assoggettamento del lavoratore ad un potere di coordinazione della prestazione di cui è titolare il creditore/committente.

Ciò segna anche la distinzione rispetto al lavoro subordinato: mentre nel lavoro subordinato la collaborazione è una prestazione qualificata dalla soggezione al potere direttivo, nel lavoro

⁷⁰⁷ In proposito, ma per il periodo precedente l’entrata in vigore del d. lgs. 276/2003, v. PERSIANI, 1998, p. 210. La tesi sostenuta in testo, peraltro, sembrerebbe avvalorata anche da norme particolari, quali l’art. 1746, co. 1, c.c. che attribuisce al preponente un potere di istruzione nei confronti dell’agente. Si ricordi, infatti, che il contratto di agenzia è tipo negoziale certamente riconducibile alla categoria delle collaborazioni non subordinate ex art. 61, co. 1, d. lgs. 276/2003. Orbene, l’esercizio del suddetto potere di istruzione – certamente funzionale alla coordinazione tra l’attività dell’agente e l’attività commerciale del preponente – è compatibile con il carattere autonomo della prestazione nei limiti in cui vincoli il primo a svolgere la sua attività in determinati orari, ad esempio in funzione del tipo di clientela alla quale il preponente intende rivolgersi (non lo sarebbe, invece, se le disposizioni riguardassero il programma e l’ordine delle visite da effettuare quotidianamente: cfr. ICHINO, 1984, p. 49).

⁷⁰⁸ SANDULLI, 1986, p. 1421.

⁷⁰⁹ Cfr. l’analisi condotta da BRINO, 2003, pp. 113-114.

⁷¹⁰ V. ad esempio, Cass., 20 febbraio 1992, n. 652; ma già, in precedenza e tra le tante, Cass., 04 ottobre 1984, n. 4909 e Cass., 12 novembre 1984, n. 5701.

“parasubordinato” la collaborazione è una prestazione qualificata da un potere di coordinazione, vale a dire dal potere del committente di fissare e variare le modalità di adempimento della prestazione dedotta in contratto.

Ma sul punto è opportuno, in ragione della rilevanza pratica della questione e dell’ambiguità semantica del termine “collaborazione” nonché dei suoi predicati, un sintetico approfondimento.

2.2. Il requisito della continuità

Prima dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 276/2003, coloro i quali si erano occupati della struttura giuridica dell’obbligazione d’opera dedotta in contratti qualificabili in termini di collaborazioni coordinate e continuative erano per lo più propensi ad interpretare il requisito della “continuità” in senso atecnico e improprio (sotto il profilo civilistico).

La continuità, per questi giuristi, costituiva un mero dato empirico ed indicava il protrarsi di fatto dell’attività lavorativa nel tempo⁷¹¹. Così interpretato, il requisito della durata conferiva all’inciso dell’art. 409, co. 3, c.p.c. un’ampiezza tale da comprendere in questa categoria – pur senza esaurirsi in essi – anche rapporti aventi ad oggetto una singola prestazione isolata, purché richiedessero un’attività preparatoria prolungata e, appunto, continuativa; ovvero una prestazione effettuata in parti e/o in momenti diversi (nel senso che l’esecuzione del contratto è ripartita).

Sul piano della politica del diritto, questa opinione tendeva a riconoscere un problema di sottoprotezione sociale (e, se non altro, almeno di dipendenza economica) in tutti i casi in cui una prestazione prevalentemente personale di fare fosse dedotta all’interno di una relazione continuativa e duratura con il committente⁷¹². Ciò spiega anche l’interessante tentativo dottrinale di integrare i requisiti di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c. con l’ulteriore elemento – *praeter legem*, ma desumibile dall’interpretazione combinata della coordinazione e della continuità – della “destinazione esclusiva” delle attività del lavoratore alla soddisfazione dell’interesse di un unico committente⁷¹³.

Minoritaria, invece, era l’opposta tesi che – considerando la continuità in senso tecnico e, quindi, attribuendo ad essa rilievo causale – interpretava l’art. 409, n. 3, c.p.c. (e le norme che ad esso rinviano o sono ad esso variamente collegate) in senso restrittivo, comprendendovi soltanto i casi in cui dedotta in contratto fosse la ripetizione periodica di una prestazione (fosse essa ricorrente a data stabilita o saltuaria, perché richiesta dal committente) oppure una prestazione di fare unica ed ininterrotta – eventualmente conformata dal creditore secondo le proprie mutevoli esigenze – la cui esecuzione fosse protratta per un certo tempo⁷¹⁴. Secondo questa opinione, insomma, soltanto i rapporti nei quali la continuità fosse stata elemento essenziale, preordinato alla soddisfazione di un interesse durevole del creditore e, quindi, condizione di questa

⁷¹¹ PEDRAZZOLI, 1984, p. 477; BALLESTRERO, 1987, p. 61; SANDULLI, 1986, p. 1447; ICHINO, 2000, p. 296; con qualche riserva PERULLI, 1996, p. 221; GHERA, 2004, p. 85.

⁷¹² V., per tutti, PERULLI, 1996, p. 221 e soprattutto, anche in un’ottica comparata, 2003, pp. 230 ss.; ICHINO, 2000, p. 300.

⁷¹³ PEDRAZZOLI, 1984, p. 78; PERULLI, 2003, p. 234.

⁷¹⁴ V., ad esempio, SANTORO PASSARELLI, 1979, pp. 60-61; ICHINO, 1984, pp. 35 ss.; PERSIANI, 1998, p. 206; forse anche FERRARO, 1998, p. 463; MARAZZA, 2002, p. 253.

soddisfazione, sarebbero stati qualificabili in termini di collaborazioni non subordinate⁷¹⁵.

Il d. lgs. 276/2003 non offre alcun nuovo dato normativo in grado di risolvere la questione dell'interpretazione della "continuità" in un senso o nell'altro e, conseguentemente, di ridurre le incertezze applicative.

Di certo, non è possibile dedurre alcun elemento in merito argomentando dalla nozione e dalla disciplina delle prestazioni occasionali ex art. 61, co. 2. Nell'ambito di tale norma, infatti, il predicato della occasionalità – sempre riferito al rapporto di lavoro (v. supra, § 2) – indica semplicemente la sporadicità e/o la singolarità empirica del "contatto sociale" tra le parti ed è funzionale ad escludere, da un lato, la possibilità che prestazioni di questo tipo possano essere utilizzate per periodi prolungati quali equivalenti funzionali delle prestazioni di lavoro subordinato; e, dall'altro, la necessità di un requisito quale la riconducibilità ad un programma, progetto o fase del committeente al fine di imporre una durata, determinata o determinabile, del relativo contratto⁷¹⁶.

Più significativo è considerare che, nei principali tipi negoziali in rapporto di specie a genere con le collaborazioni indipendenti, vale a dire nel contratto di agenzia e nel contratto di lavoro a progetto, sembrerebbe essere dedotta proprio un'obbligazione di durata in senso tecnico (v. infra, § 3).

Valorizzando questo dato, si potrebbe forse restringere la deroga all'art. 1322, co. 2, c.c. di cui all'art. 69, co. 1, d. lgs. 276/2003 alle ipotesi in cui l'autonomia privata crei schemi negoziali atipici in cui sia dedotta un'obbligazione di durata caratterizzata dalla coordinazione.

2.3. Il requisito della coordinazione

Anche il requisito della coordinazione, al pari di quello della continuità, ha di per sé confini labili e sfuggenti. Come è stato efficacemente notato, occorre evitare di interpretare la coordinazione sia in senso ampio, come destinazione della prestazione di lavoro a soddisfare un interesse del soggetto che l'ha commessa (perché, in tal caso, sarebbe requisito superfluo e privo di qualsiasi capacità scriminante); sia in senso restrittivo, assimilandola alla coordinazione caratteristica della collaborazione subordinata (perché in questo modo sarebbe contraddetta la natura "autonoma" della prestazione d'opera che, invece, deve essere preservata ex art. 409, n. 3, c.p.c. e, ora, anche

⁷¹⁵ Nei contratti in cui la continuità è elemento causale, pertanto, l'utilità che al creditore deriva dal rapporto è proporzionale alla durata del medesimo: così già OPPO, 1943, pp. 174-175; ICHINO, 1984, pp. 15 ss. e, più di recente, ICHINO, 2000, pp. 286 ss. Accettare questa ricostruzione dell'elemento della "continuità" non significa, peraltro, condividere *sic et simpliciter* la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo. Infatti, in tutte le obbligazioni rileva tanto il comportamento quanto il risultato anche se può essere diversa la loro combinazione. La distinzione, invece, tende a rilevare sul piano probatorio allorché si debba decidere delle conseguenze derivanti dalla mancata soddisfazione dell'interesse del creditore della prestazione (v., per tutti, DI MAIO, 1990, p. 21 e, ivi, anche ulteriori indicazioni bibliografiche). Se il risultato, infatti, è *in obligatione*, è sufficiente che il creditore provi che esso non è stato ottenuto, essendo onere dell'obbligato dimostrare che non vi è stata sua colpa. Nel caso contrario, l'obbligato non può essere considerato giuridicamente responsabile della insoddisfazione del creditore, a meno che questi non provi che il risultato utile non sia stato conseguito per colpa del debitore.

⁷¹⁶ Conseguentemente, e come già anticipato, la categoria delle prestazioni occasionali per un verso è parzialmente coincidente con quella delle collaborazioni coordinate e continuative; e, per altro verso, i rapporti contrattuali creati dall'autonomia privata che siano contemporaneamente qualificabili in termini di prestazioni occasionali e di collaborazione coordinata e continuativa, sono sottratti alla disciplina del lavoro a progetto.

ex art. 61 d. lgs. 276/2003)⁷¹⁷.

Inoltre, posto che l'integrazione di un facere in un'attività altrui presuppone sempre una qualche forma di ordine e di organizzazione (che poi sono la sostanza della coordinazione), il problema consiste anche nello stabilire se le relative modalità debbano sempre essere predeterminate e fissate al momento della conclusione del contratto (per cui anche la loro variazione durante lo svolgimento del rapporto dovrà essere concordata tra le parti)⁷¹⁸; o se, proprio al fine di conservare l'equilibrio tra le prestazioni sinallagmatiche e l'assetto concordato degli interessi, con il trascorrere del tempo ed al mutare delle circostanze di fatto tali modalità possano essere variate unilateralmente dal committente sulla base di uno specifico potere.

È noto, peraltro, come prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 276/2003, le opinioni sul punto fossero diverse. In sintesi, alle tesi per cui la coordinazione avrebbe avuto quale unica conseguenza l'attribuzione al committente di un più accentuato potere di controllo⁷¹⁹ o che la coordinazione sarebbe posta in essere dal collaboratore (nell'adempimento dell'obbligazione)⁷²⁰, è stata opposta la prospettazione che riconosce al committente uno specifico potere di coordinamento⁷²¹ (di recente ricostruito in modo talmente ampio da renderlo difficilmente distinguibile dal potere di conformazione della prestazione lavorativa tipico del lavoro subordinato⁷²²).

Il problema, dopo l'elevazione delle collaborazioni coordinate e continuative a categoria "sostanziale", sembra porsi in modo differente per la necessità di distinguere quest'ultima dalla categoria limitrofa del lavoro subordinato nonché da quella più ampia, e che la contiene, del lavoro autonomo tout court.

Come anticipato (supra, § 2.3), è possibile sostenere che la coordinazione costituisca effetto di uno specifico potere attribuito al creditore della prestazione a tutela di un proprio interesse alla integrazione e al reciproco adattamento tra due attività (imputabili a soggetti diversi)⁷²³ e finalizzata alla produzione di una utilitas ulteriore.

Questa tesi impone, però, di distinguere il potere direttivo caratteristico della "collaborazione subordinata" dal potere di coordinazione che tipizzerebbe la "collaborazione non subordinata".

⁷¹⁷ PEDRAZZOLI, 1984, p. 475. Non è condivisibile, pertanto, l'opinione espressa in passato da GREGORIO, 1995, p. 182, secondo la quale sarebbe proprio la coordinazione l'elemento distintivo delle collaborazioni in discorso rispetto alla prestazione di lavoro subordinato.

⁷¹⁸ DELL'OLIO, 1998, p. 706.

⁷¹⁹ SANTORO PASSARELLI, 1979, p. 69; SANDULLI, 1986, p. 1419; PESSI, 1989, p. 201.

⁷²⁰ Così, da ultimo, GHERA, 2004, p. 84.

⁷²¹ PERSIANI, 1998, p. 209.

⁷²² MARAZZA, 2002, pp. 247 ss.

⁷²³ La coordinazione spazio-temporale con l'organizzazione altrui, di per sé, non è in grado di qualificare un particolare tipo contrattuale (e, a maggior ragione, una categoria di rapporti). Essa, infatti, può venire in rilievo anche in schemi negoziali legalmente non caratterizzati dalla personalità della prestazione (si pensi al contratto di appalto) o dalla continuità in senso tecnico (si pensi al contratto di trasporto) (v., per tutti, ICHINO, 1984, p. 52). Dovendo individuare un elemento che distingua in positivo le collaborazioni non subordinate dal contratto d'opera, in presenza di dati normativi tutt'altro che certi ed affidabili, una possibilità è appunto quella argomentata in testo: considerare il coordinamento spazio-temporale, nel primo caso, come contenuto di un potere e, nell'altra ipotesi, al massimo come oggetto di apposite pattuizioni negoziali.

Condividono l'esistenza di un potere di coordinamento del committente GHERA, 2005, pp. 213-214; TREMOLADA, 2004, p. 655; SPAGNUOLO VIGORITA, 2004, p. 653.

Orbene, mentre con l'esercizio del potere direttivo il datore di lavoro, innanzi tutto, specifica e conforma il contenuto della prestazione lavorativa subordinata, nel senso che individua i concreti compiti (tra quelli compresi nelle mansioni dedotte in obbligazione) che dovranno essere svolti dal dipendente, rendendoli esigibili⁷²⁴; con l'esercizio del potere di coordinazione il committente può soltanto determinare e variare le coordinate dell'adempimento o, in senso più rigoroso, le modalità del medesimo (quindi, normalmente, le coordinate spaziali e temporali)⁷²⁵.

Evidentemente, la coordinazione varierà di intensità in ragione del rapporto giuridico e della struttura dell'obbligazione che ne deriva⁷²⁶: infatti, l'intensità della coordinazione non può essere la medesima, ad esempio, in un contratto in cui è dedotta una prestazione di fare unica e ininterrotta e in un rapporto che ha ad oggetto la ripetizione di una prestazione per un certo tempo.

L'ipotesi ricostruttiva qui ribadita, e in particolare il considerare la collaborazione un elemento strutturale⁷²⁷, consente anche di superare la tesi che riconosce nella "collaborazione" l'oggetto di un'aspettativa del committente e di un obbligo da parte del collaboratore (con un preciso rilievo in termini di valutazione dell'esattezza dell'adempimento). In realtà, può ritenersi che quest'ultima opzione degradi la coordinazione a mero nesso giuridico tra la prestazione dedotta in contratto e l'interesse del creditore della medesima al conseguimento di una utilitas (nesso funzionale che pare comune a tutte le obbligazioni contrattuali)⁷²⁸.

Ciò posto in linea generale, vale a dire in relazione alla categoria giuridica delle "collaborazioni

⁷²⁴ Essendo irrilevante, ai fini del presente discorso, se il potere direttivo del datore di lavoro comprenda o meno anche i poteri relativi alla modificazione del luogo o del tempo dell'adempimento.

⁷²⁵ CIPRESSI, 1967, 45; al quale espressamente si richiama CARABELLI, 2004, p. 34. Conclusione che, successivamente alla formulazione da parte dello scrivente, pare sia stata accolta anche da FERRARO, 2004, pp. 228-229; da MEZZACAPO, 2004, § 6 e da DE FEO, 2004, pp. 656-657. In termini, anche PERSIANI, 2005 pp. 23 ss.; e DE LUCA TAMAJO, 2005, pp. 476-477. *Contra*, SANTORO PASSARELLI, 2004b, p. 549, il quale ritiene che la differenza qualitativa tra potere direttivo e potere di coordinamento risieda nel fatto che il primo consiste non solo nel potere di conformazione della prestazione, ma anche nel potere di determinazione unilaterale delle modalità di esecuzione della stessa, mentre il secondo si esaurisce nel solo potere di conformazione, poiché le modalità di luogo e di tempo sono pattuite *ab origine* nel contratto, o concordate, di volta in volta, con il committente. E, tuttavia, lo stesso SANTORO PASSARELLI, 2005, p. 97, avverte che, in concreto, la differenza di ordine qualitativo tra le due forme di potere può sfumare in una differenza di ordine quantitativo. Probabilmente, per tale ragione, l'Autore ritiene che la coordinazione sia un criterio "debole e cedevole". *Contra*, anche GHERA 2005, p. 214 ss., per il quale "il decreto delegato ha riconosciuto al committente un potere creditorio di coordinamento nei confronti del collaboratore e ne ha altresì regolato le modalità di esercizio. Tali modalità – che incidono anche a livello temporale sull'esecuzione della prestazione – sono inevitabilmente somiglianti al potere di specificazione o conformazione della prestazione di lavoro subordinato che compete all'imprenditore nell'esercizio del potere direttivo". Insomma, "i due poteri, aventi entrambi natura creditoria e funzione organizzativa, non presentano sostanziali differenze quanto alle modalità di esercizio" (p. 217). Per GHERA, tuttavia, l'elemento scriminante dei due tipi di rapporto è dato dalla "assunzione del rischio economico della prestazione" che nel lavoro subordinato è a carico del datore di lavoro e nel lavoro a progetto del collaboratore (pp. 218 ss.). Il collaboratore, in definitiva, si obbliga "ad organizzare la propria attività e il proprio tempo di lavoro in funzione dell'inserzione del risultato nell'organizzazione del committente" (p. 220). Aderisce alla tesi della differenza *quantitativa* tra i due poteri in discorso anche MAGNANI, 2005, p. 136.

⁷²⁶ PEDRAZZOLI, 1984, p. 476.

⁷²⁷ Sulla "collaborazione" quale elemento strutturale v. NAPOLI, 1995, p. 1116 e, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., anche p. 1125.

⁷²⁸ Con l'entrata in vigore del d. lgs. 276/2003 e la necessità di delimitare concettualmente l'area delle collaborazioni non subordinate, insomma, non pare più condivisibile l'opinione secondo la quale "il collaboratore si obbliga [...] a coordinare da sé medesimo la propria attività e quindi il proprio tempo di lavoro in modo da produrre un risultato unico o una sequenza di risultati idonei ad integrarsi nel programma produttivo e nell'organizzazione del committente" (così, prima del d. lgs. 276/2003, GHERA, 2004, p. 38). V. però, ancora oggi, l'opinione di PEDRAZZOLI, 2004, pp. 706-707, il quale configura il coordinamento con l'organizzazione del committente come "una sorta di obbligo del collaboratore", diretto ad assicurare la soddisfazione dell'interesse del creditore della prestazione e, quindi, la realizzazione del risultato da quest'ultimo atteso; nonché di PALLINI, 2005, § 6.

coordinate e continuative”, sarà indispensabile chiarire di volta in volta – in relazione alle singole fattispecie negoziali riconducibili alla categoria in discorso – il contenuto specifico (e quindi anche i limiti) del potere di coordinazione di cui è titolare il committente della prestazione.

Con riferimento al contratto di lavoro a progetto, ad esempio, i dati normativi da considerare in proposito sono essenzialmente due e si intersecano con insistenti riferimenti all'autonomia del collaboratore nella gestione dei progetti, programmi di lavoro o fasi di esso (art. 61, co. 1) e nell'esecuzione dell'obbligazione lavorativa (art. 62, co. 1, lett. d). Da un lato, l'art. 62, co. 1, lett. d, d. lgs. 276/2003 impone, ai fini della prova, l'indicazione nel documento contrattuale delle “forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso, come già anticipato, non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa”; dall'altro, il tenore letterale dell'art. 66, co. 4, evidenzia come lo svolgimento dell'attività lavorativa “nei luoghi di lavoro del committente” sia meramente eventuale.

Anche in questo caso, evidentemente, il legislatore non brilla per chiarezza e rigore concettuale.

Tuttavia, le norme consentono di affermare anzitutto che la coordinazione possa avere ad oggetto sia il “tempo” sia il “luogo” dell'adempimento dell'obbligazione (v. anche infra, § 3). Si può ipotizzare, peraltro, che non sia necessario, per la configurabilità del tipo identificato dal nomen iuris di contratto di lavoro a progetto, che il potere di coordinazione abbia ad oggetto entrambi, ma sia sufficiente che le modalità della prestazione – almeno in parte – siano nella piena disponibilità del committente⁷²⁹. Neppure è necessario che il potere di coordinazione sia concretamente esercitato, essendo sufficiente l'esistenza giuridica di quel potere⁷³⁰.

Di dubbia interpretazione, invece, è il riferimento alle “forme di coordinamento” che, seguendo la ricostruzione precedentemente proposta, dovrebbe avere il significato di “forme di esercizio del potere di coordinazione”. Sebbene a fini esclusivamente probatori, insomma, il legislatore pare richiedere la predeterminazione nel documento negoziale delle modalità di esercizio del potere di coordinazione (vincolo di forma, preavviso o altro ancora)⁷³¹.

In conclusione, e tornando alla categoria delle collaborazioni continuative e coordinate, se le considerazioni che precedono dovessero essere confermate all'esito di una più approfondita riflessione, si potrebbe concludere che il divieto di collaborazioni atipiche di cui all'art. 69, co. 1, d. lgs. 276/2003 debba essere interpretato nel senso che è inibito all'autonomia privata creare schemi negoziali giuridicamente atipici in cui sia dedotta una prestazione prevalentemente personale e

⁷²⁹ Il committente, in altri termini, potrebbe anche valutare come opportuna la determinazione negoziale di alcune modalità di esecuzione della prestazione lavorativa; a patto, però, che residui un minimo di potere di coordinazione. In caso contrario, al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle parti, il rapporto sarebbe qualificabile come lavoro autonomo *tout court* (nell'ambito del quale, come è noto, l'esecuzione della prestazione deve avvenire “secondo le condizioni stabilite dal contratto”: così l'art. 2224, co. 1, c.c.).

⁷³⁰ Può darsi, infatti, che – sul piano del fatto – il collaboratore si coordini spontaneamente con l'attività del committente; ma ciò non toglie che quest'ultimo possa decidere in ogni momento di esercitare il potere di coordinazione riconosciutogli dalla legge. Nello stesso ordine di idee, ma con riferimento al potere direttivo del datore di lavoro, CARABELLI, 2004, pp. 36-37 e DE LUCA TAMAJO, 2005, p. 474.

⁷³¹ Opinione condivisa da TREMOLADA, 2004, p. 656; *contra*, CANAVESI, 2004, pp. 237-238; e PROIA, 2004, pp. 668 e 671-672, il quale interpreta l'espressione “forme di coordinamento” non come riferita alle modalità di esercizio del potere di coordinamento, bensì ai suoi contenuti, attribuendo, di conseguenza, a queste determinazioni negoziali, così come al progetto, la precipua funzione di realizzare il coordinamento dell'attività lavorativa con l'organizzazione del committente. Nello stesso ordine di idee di quest'ultimo MEZZACAPO, 2004, § 6; e PALLINI, 2005, § 6.

continuativa (in senso tecnico) e nei quali sia attribuito negozialmente al creditore della prestazione un potere – per quanto minimo – di fissare e modificare le modalità dell'adempimento in ragione delle variabili esigenze dell'organizzazione in cui la prestazione si inserisce. Al contrario, l'autonomia privata resterebbe libera di creare contratti e regolamenti negoziali in cui sia dedotto il compimento di un'opera o di un servizio "senza vincolo di subordinazione" e con la predeterminazione negoziale delle specifiche modalità di adempimento della prestazione (fattispecie che, per tali caratteristiche, sarebbe assoggettata alla scarna disciplina degli artt. 2222 e seguenti del codice civile).

2.4. La legge 17 agosto 2005, n. 173 e la nuova disciplina degli incarichi di vendita diretta al domicilio del consumatore

A conclusione del discorso occorre dare conto di una recente legge di settore che, nel disciplinare la vendita diretta presso il domicilio del consumatore e nel tutelare quest'ultimo dalle forme di vendita piramidali, ha introdotto e regolato un'altra forma negoziale che può essere inclusa nell'area delle collaborazioni coordinate e continuative e che è sottratta all'obbligo della riconducibilità ad un progetto.

La legge 17 agosto 2005, n. 173, infatti, dopo aver definito l'"incaricato alla vendita diretta a domicilio" come "colui che, con o senza vincolo di subordinazione, promuove, direttamente o indirettamente, la raccolta di ordinativi di acquisto presso privati consumatori per conto" di una o più imprese⁷³², espressamente dispone che "l'attività di incaricato alla vendita diretta a domicilio senza vincolo di subordinazione può essere esercitata come oggetto di una obbligazione assunta con contratto di agenzia"⁷³³; o, "senza necessità di stipulare un contratto di agenzia, da soggetti che svolgono l'attività in maniera abituale, ancorché non esclusiva, o in maniera occasionale, purché incaricati da una o più imprese"⁷³⁴.

Le disposizioni successive precisano che l'attività ha "carattere occasionale sino al conseguimento di un reddito annuo, derivante da tale attività, non superiore a 5000 euro"⁷³⁵ e dettano, con riferimento agli incarichi cd. abituali, le regole applicabili al contratto di conferimento e al successivo rapporto⁷³⁶.

Per quanto riguarda l'atto di conferimento dell'incarico, la legge prescrive che esso debba essere "provato per iscritto" e debba contenere "l'indicazione dei diritti e degli obblighi" riconosciuti/posti a carico dell'incaricato dal legislatore medesimo⁷³⁷. Indicazione, quindi, che pare assolvere all'unica funzione di informare il lavoratore circa la disciplina legale applicabile al rapporto e la cui assenza comporta l'applicabilità all'impresa di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo

⁷³² Così l'art. 1, co. 1, lett. b; ma cfr. anche l'art. 3, co. 1.

⁷³³ Così l'art. 3, co. 2. Per questa ipotesi il legislatore sancisce testualmente che "all'incaricato alla vendita [...] si [applicano] gli accordi economici collettivi di settore" (art. 4, co. 1): norma che, se intesa nel senso letterale, violerebbe quanto meno l'art. 39, co. 1, Cost.

⁷³⁴ V. l'art. 3, co. 3.

⁷³⁵ Così l'art. 3, co. 4. Anche in questo caso, quindi, il legislatore impiega – e chiarisce di impiegare – l'attributo "occasionale" in senso antitetico a "abituale" e, ancora una volta, collega l'occasionalità dell'attività all'esiguità del compenso annuale percepito.

⁷³⁶ Art. 4, co. 2-9.

⁷³⁷ Art. 4, co. 2.

variabile⁷³⁸.

La forma scritta è altresì imposta per la clausola con la quale le parti concordano “la misura delle provvigioni e le modalità di corresponsione” delle stesse⁷³⁹.

Sintetica, e in molti casi formulata sulla falsariga della disciplina dell’agenzia, è anche la regolamentazione del rapporto.

Quanto all’esecuzione dell’attività, l’articolo 4, comma 7, impone all’incaricato di “attenersi alle modalità e alle condizioni generali di vendita stabilite dall’impresa affidante” e il successivo comma 8 gli vieta di concedere sconti o dilazioni di pagamento nell’ipotesi in cui il committente con “espressa autorizzazione scritta” gli abbia attribuito “la facoltà di riscuotere il corrispettivo degli ordinativi di acquisto che abbiano avuto regolare esecuzione”.

La legge, poi, stabilisce che “il compenso dell’incaricato [...] è costituito dalle provvigioni sugli affari che, accettati, hanno avuto regolare esecuzione”⁷⁴⁰.

Le rimanenti disposizioni riguardano quasi esclusivamente la cessazione del rapporto e le conseguenti posizioni giuridiche attive e passive.

Il recesso del lavoratore dal rapporto – o la rinuncia all’incarico, secondo la terminologia legislativa – è regolato diversamente in ragione del periodo in cui ha avuto esecuzione l’incarico. Entro il decimo giorno lavorativo dalla stipulazione dell’atto di conferimento di incarico, infatti, il lavoratore può recedere “senza obbligo di motivazione, inviando all’impresa affidante una comunicazione, a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento”⁷⁴¹. Successivamente, invece, l’incaricato può recedere “liberamente [...] anche per fatti concludenti con relativa presa d’atto dell’impresa affidante”⁷⁴².

Il recesso dal rapporto dell’impresa committente (legislativamente indicato come revoca dell’incarico), invece, deve essere sempre comunicato “per iscritto tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altro mezzo idoneo”⁷⁴³.

In questa sede, come è intuitivo, è necessario soffermarsi soltanto sulla questione delle relazioni intercorrenti tra il contratto di agenzia e il negozio giuridico di conferimento di incarico. Si tratta di stabilire, più precisamente, se lo stesso tipo di prestazione lavorativa possa essere oggetto di un contratto di agenzia o di un incarico affidato ai sensi della legge n. 173/2005, secondo le variabili convenienze delle parti; e, in caso di risposta positiva, se ciò comporti anche l’ulteriore conseguenza che gli incarichi in discorso debbano avere necessariamente ad oggetto prestazioni

⁷³⁸ L’art. 7, co. 3, più precisamente, dispone che “all’impresa che non rispetti le disposizioni di cui all’articolo 4, commi 2, 3, 5, 6 e 9, si applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.500 euro a 5.000 euro”. Né la legge precisa in base a quale criterio l’amministrazione competente debba graduare l’ammontare della sanzione.

⁷³⁹ Come disposto dall’art. 4, co. 9. In mancanza di forma scritta del patto, si applica la sanzione amministrativa di cui alla nota precedente.

⁷⁴⁰ V., ancora, l’art. 4, co. 9.

⁷⁴¹ In tale caso, prosegue la norma, “l’incaricato è tenuto a restituire a sua cura e spese i beni e i materiali da dimostrazione eventualmente acquistati e l’impresa, entro trenta giorni dalla restituzione dei beni e dei materiali, rimborsa all’incaricato le somme da questi eventualmente pagate”; rimborso comunque “subordinato all’integrità dei beni e dei materiali restituiti”: così l’art. 4, co. 3.

⁷⁴² Art. 4, co. 2. In questa, come “in tutte le altre ipotesi di cessazione per qualsiasi causa del rapporto con l’impresa affidante”, il lavoratore ha l’obbligo di restituzione dei beni e dei materiali impiegati per le dimostrazioni con conseguente diritto “alla rifusione del prezzo” in misura non piena, sebbene “non inferiore al 90 per cento del costo originario” (art. 4, co. 6).

⁷⁴³ Art. 4, co. 5.

di carattere coordinato e continuativo.

Al primo interrogativo è plausibile dare una risposta affermativa in considerazione, soprattutto, del dato testuale fornito dall'articolo 3, comma 3, che esclude la "necessità di stipulare un contratto di agenzia" allorché l'impresa intenda affidare ad altri l'attività di vendita diretta. Il tenore letterale della disposizione, in particolare, pare lasciare alle parti la libertà di scegliere il contratto, e il conseguente regolamento legale, più idoneo a contemperare i reciproci interessi. Circostanza che, evidentemente, presuppone che le modalità di esecuzione della prestazione e la struttura dell'obbligazione deducibile nell'atto di conferimento dell'incarico possano essere identiche a quelle riscontrabili nel rapporto di agenzia. In queste ipotesi, quindi, è giustificato ricondurre l'atto di conferimento di incarico all'alveo delle collaborazioni coordinate e continuative escluse dall'obbligo di riconduzione al progetto (come accade per le ipotesi di cui all'articolo 61, comma 3, d. lgs. n. 276/2003).

Ciò non comporta, peraltro, che l'atto di conferimento in discorso debba avere necessariamente ad oggetto una collaborazione indipendente. Anzi, seppure con alcune ineliminabili incertezze, è preferibile dare a questo secondo interrogativo una risposta negativa.

La disciplina del rapporto, in effetti, presuppone una coordinazione tra attività imprenditoriale e prestazione lavorativa: si pensi al vincolo relativo non solo alle "condizioni di generali di vendita" ma anche alle "modalità" della stessa, la cui definizione è riservata al committente; o alla necessità per il lavoratore di acquistare "i beni o i materiali da dimostrazione" (seguendo, evidentemente, le indicazioni in tal senso fornite dall'imprenditore). Ma la formulazione di queste previsioni può essere spiegata anche in ragioni delle prassi socialmente più diffuse assunte dal legislatore storico a referente concreto della regolazione.

Del resto, non vi sono dati normativi dai quali sia possibile desumere la natura dell'interesse imprenditoriale coinvolto (se, cioè, illimitatamente divisibile in ragione del tempo oppure no); né vi sono norme che consentano di escludere il ricorso all'atto di conferimento di incarico allorché l'interesse del committente sia destinato ad essere soddisfatto istantaneamente.

Di qui, appunto, la conclusione già anticipata: l'atto di cui agli articoli 3 e 4 della legge in commento potrà avere indifferentemente ad oggetto una collaborazione coordinata e continuativa o una prestazione di lavoro autonomo tout court.

3. Il contratto di lavoro a progetto quale tipo particolare di collaborazione non subordinata. La riconducibilità "a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso"

Ciò precisato quanto alla categoria di rapporti legalmente individuata dal legislatore come "collaborazioni coordinate e continuative", è possibile procedere all'indagine circa il tipo legale particolare indicato come "contratto di lavoro a progetto" e, anzitutto, all'interpretazione dell'elemento che tipizza la nuova fattispecie, vale a dire la riconducibilità della prestazione di lavoro a "progetti o programmi di lavoro o fasi di esso" (secondo l'espressione utilizzata dalla legge delega).

È necessario anticipare che il dato della suddetta riconducibilità non pare connoti la struttura dell'obbligazione lavorativa o, se si preferisce, la causa del contratto; in altri termini, non pare che la necessaria individuazione di un programma o progetto o fase di lavoro ai quali ricondurre la prestazione lavorativa costituisca un dato normativo sufficientemente solido per ritenere che

dedotta in obbligazione sia la realizzazione di uno specifico opus⁷⁴⁴.

Questa, almeno, pare essere al momento la razionalizzazione più plausibile di una disciplina caratterizzata dalla presenza di dati normativi tra loro antinomici.

È molto probabile, infatti, che il legislatore delegante abbia fatto propria la considerazione – prettamente empirica – che le collaborazioni coordinate e continuative (genuine e non simulate) sono spesso funzionalmente equivalenti al lavoro subordinato e, quindi, con esso interscambiabili in vista della soddisfazione di esigenze ed obiettivi produttivi ordinari e normali dell'imprenditore; e che da ciò abbia tratto la conseguenza, ingenua, che sarebbe stato sufficiente vincolare le collaborazioni alla presenza di un dato estrinseco rispetto alle modalità di adempimento dell'obbligazione lavorativa (quale è la riconducibilità ad un segmento dell'attività imprenditoriale ben identificato)⁷⁴⁵, purché in grado di contenerne la realizzazione entro un limite temporale determinato o determinabile, per scongiurare l'uso abnorme delle medesime e la conseguente "fuga" dal lavoro subordinato⁷⁴⁶.

In tal senso depone, anzitutto, la relazione di accompagnamento al d.d.l. 848/2001 nel punto in cui spiega che "si tratta di conferire riconoscimento giuridico ad una tendenza che si è rivelata visibile con il passare degli anni, soprattutto in ragione della terziarizzazione dell'economia, quella appunto di lavorare a progetto"⁷⁴⁷.

A prescindere dalla circostanza che l'organizzazione "per progetti" dell'attività d'impresa nulla indica circa il carattere subordinato o autonomo del rapporto giuridico intercorrente con i lavoratori in esso impegnati (anzi, a ben vedere, si tratta di una modalità organizzativa sovente utilizzata per responsabilizzare e motivare proprio i lavoratori subordinati)⁷⁴⁸, è rilevante considerare come la disciplina in commento sia il risultato di un processo riformatore contrassegnato da un marcato empirismo, quasi mai filtrato da un'elaborazione concettuale pari all'importanza sociale ed economica delle questioni regolate. E di ciò non può non tenersi conto anche in sede di

⁷⁴⁴ ICHINO, 2005, p. 141; in termini più generali, PERULLI, 2004, p. 85, il quale critica la scelta del legislatore di elevare a requisito tipizzante delle collaborazioni autonome un concetto sprovvisto di tale capacità, strutturalmente ambiguo ed ambivalente in quanto già utilizzato nell'ambito dell'organizzazione del lavoro subordinato.

⁷⁴⁵ PINTO, 2004, p. 146.

⁷⁴⁶ ALLEVA, 2003, § 7. Per GAROFALO M. G., 2003, p. 372, invece, "quando il contratto consenta l'utilizzabilità della prestazione del lavoratore ovunque essa sia (ritenuta) utile nell'organizzazione del datore di lavoro, siamo nell'ipotesi dell'art. 2094 cod. civ.; quando sia stato predisposto un programma determinato e il lavoratore si obblighi a lavorare esclusivamente ad esso, nella collaborazione coordinata e continuativa".

⁷⁴⁷ La Relazione è pubblicata in AA.VV. 2002, 124 e qui 132; ma, nello stesso senso, v. già il Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia, p. 72.

⁷⁴⁸ Implicitamente, Trib. Torino 15 aprile 2004 (in *Lavoro giur.*, 2004, n. 77, pp. 651 ss.) laddove consente la prova della natura autonoma del rapporto anche nelle ipotesi in cui nel contratto di lavoro non sia indicato il progetto, programma o fase. Ormai da tempo, comunque, hanno trovato sempre più larga diffusione nuove forme di organizzazione del lavoro dipendente che si contraddistinguono per la definizione e realizzazione di programmi produttivi, il più delle volte a breve o media scadenza, ai quali i lavoratori subordinati sono chiamati direttamente a partecipare in gruppo, ciascuno con un elevato grado di responsabilizzazione. Quando, poi, come pure frequentemente accade, i lavoratori vengono impegnati nell'esecuzione non di un solo progetto, ma di più progetti contemporaneamente, il modello di organizzazione "per progetto" assume le caratteristiche del cd. schema "a matrice", che del primo rappresenta una derivazione più articolata. Del resto, che il legislatore, nell'identificare e regolare la nuova fattispecie negoziale, abbia fatto riferimento ad una tendenza ormai largamente diffusa, soprattutto nel settore terziario, che è, appunto, il "lavorare a progetto", è confermato sia dal Libro bianco (p. 72), che dalla Relazione al d. lgs. n. 276/2003.

interpretazione del dato normativo.

Ma la conclusione circa il rilievo esterno e non causale della riconducibilità al progetto/programma/fase può essere argomentata anche a partire dalla legge 30/2003, per la quale il corrispettivo della collaborazione deve essere “proporzionato alla qualità e quantità del lavoro”. Il riferimento alla “quantità” di lavoro per determinare la prestazione sinallagmaticamente legata alla prestazione lavorativa, infatti, non può che indicare la volontà legislativa di qualificare le obbligazioni lavorative caratteristiche di questi rapporti in termini di obbligazione di durata (nel senso, innanzi specificato, che l'utilità derivante al creditore dal rapporto è proporzionale alla durata della prestazione). Sotto questo profilo, insomma, la collaborazione non subordinata non si distinguerebbe da quella caratterizzata dalla subordinazione e dal potere direttivo del datore di lavoro.

Il legislatore delegato, invece, ha soltanto in parte seguito questa prospettiva.

Per un verso, infatti, ha ribadito il rilievo caratterizzante della connessione – è il caso di ribadire, estrinseca rispetto alle modalità esecutive della prestazione – con uno “specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso”⁷⁴⁹. E lo ha fatto con estrema chiarezza, sancendo la trasformazione della collaborazione a progetto in rapporto di lavoro subordinato in due ipotesi: vale a dire per il caso in cui, nei fatti e in considerazione delle modalità esecutive del rapporto, esistano gli indici della subordinazione (art. 69, co. 2) e, appunto, per il caso in cui la collaborazione sia instaurata “senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso” (art. 61, co. 1).

Il tema merita una digressione. Infatti, mentre la prima delle due disposizioni non ha posto particolari questioni interpretative, se non per quanto attiene al collegamento con il successivo comma 3 che ad esso rinvia⁷⁵⁰, davvero problematica è l'esegesi del primo comma.

Stando alla lettera della legge, in mancanza del progetto, programma di lavoro o fase di esso, si

⁷⁴⁹ I quali, si ricordi, sono “determinati dal committente” nell'esercizio della sua libertà di iniziativa economica e non concordati con il collaboratore (art. 61, co. 1); e il cui contenuto, proprio per questo motivo, è sottratto al controllo giudiziale “in conformità ai principi generali dell'ordinamento” (art. 69, co. 3; così, almeno, a patto di interpretare il richiamo testuale al comma 2 in esso contenuto nell'unico modo per cui abbia senso, vale a dire come richiamo alla fattispecie di cui al comma 1). In termini, dopo la pubblicazione della prima edizione di questo commentario, PEDRAZZOLI, 2004, pp. 749-750; VISCOMI, 2004, p. 330.

⁷⁵⁰ Il comma 3 dell'art. 69 stabilisce che, “ai fini del giudizio di cui al comma [1], il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dell'esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive che spettano al committente”.

La previsione, con ogni evidenza, non può essere intesa nel senso che vi sia una correlazione necessaria tra riconducibilità dell'attività ad un progetto e natura autonoma della prestazione di lavoro (per cui il giudice, accertata l'esistenza del primo deve necessariamente concludere per la sussistenza anche della seconda) (MARESCA, 2004, p. 662; v. anche PERULLI, 2004, p. 106 il quale conclude che, interpretata diversamente, la previsione si porrebbe in contrasto con l'art. 104 della Costituzione).

È plausibile ritenere, invece, che il legislatore abbia inteso inibire al giudice ogni valutazione circa l'opportunità di ricorrere – nel caso concreto – alla stipulazione di contratti di lavoro autonomo oppure di contratti di lavoro subordinato (VILLANI, 2005, p. 564); vale a dire, appunto, ogni sindacato sul “merito [delle] scelte tecniche, organizzative o produttive” (come peraltro già garantito dall'art. 41, co. 1, Cost.) (SANTORO PASSARELLI, 2004b, p. 564).

Contra, PEDRAZZOLI, 2004, p. 749, il quale ritiene che l'unica interpretazione possibile sia quella di riferire la limitazione imposta dal comma 3 all'accertamento giudiziale di cui al comma 1 anziché, come testualmente previsto, a quello di cui al comma 2. Analogamente, VISCOMI, 2004, p. 330.

ha una conversione automatica in rapporti di lavoro subordinato, che non potrebbe essere evitata dal committente/datore di lavoro neppure provando che la prestazione lavorativa sia stata caratterizzata da una piena autonomia organizzativa ed esecutiva⁷⁵¹. Conseguenza abnorme, tenuto conto che l'inesistenza di un progetto non esclude necessariamente che il lavoratore abbia autonomamente organizzato la propria attività⁷⁵²; ma che conferma implicitamente come il legislatore ritenga la collaborazione indipendente – con ogni evidenza in ragione dell'esistenza di un potere creditorio di coordinamento e della natura continuativa dell'interesse del committente – più simile alla collaborazione subordinata che al lavoro autonomo tout court.

La circolare ministeriale n. 1 del 2004, invece, ha configurato la previsione di cui al comma 1 dell'art. 61 come presunzione relativa anziché assoluta, ponendo a carico del committente che intenda sottrarsi alla conversione del contratto l'onere di provare in giudizio l'autonomia del collaboratore⁷⁵³. L'interpretazione proposta ha trovato seguito in una parte della dottrina⁷⁵⁴, anche al fine di sottrarre la previsione normativa ad una serie di censure di legittimità costituzionale⁷⁵⁵ e, soprattutto, nella prima pronuncia giurisprudenziale registrata in materia (Trib. Torino 15 aprile 2005)⁷⁵⁶.

Un giurista, per il vero, ha tentato di superare l'impasse dovuto all'alternativa presunzione

⁷⁵¹ PINTO, 2004, 146-147; e, con motivazioni diverse, cfr. DE LUCA TAMAJO, 2003, § 9; PIZZOFRERATO, 2003, pp. 633 ss.; BELLAVISTA, 2004, pp. 787 ss.; CANAVESI, 2004, p. 242; MEZZACAPO, 2004, § 9; MISCIONE, 2004, p. 464; GAROFALO D., 2004, p. 232; VILLANI, 2005, p. 559; FEZZI, 2004, p. 21; PALLINI, 2005, § 9; implicitamente, a quanto è dato intendere, NAPOLI, 2005, p. 41; MARESCA, 2004, p. 662; PERULLI 2004, pp. 104 ss.; SANTORO PASSARELLI, 2004a, pp. 41-42; VISCOMI, 2004, pp. 329-330.

⁷⁵² Conseguenza irragionevole e, forse, in contrasto con il combinato disposto degli articoli 3 e 24, co. 1, Cost. dal momento che la presunzione assoluta impedisce al committente di far valere adeguatamente le proprie ragioni (cfr. LEONE, 2004, p. 96).

⁷⁵³ Un commento all'intervento ministeriale è in VALLEBONA, 2004b, pp. 293 ss.

⁷⁵⁴ In tal senso, TARTAGLIONE, 2003, p. XI; MAGNANI-SPATARO, 2004a, § 3; VALLEBONA, 2004a, p. 22; LUNARDON, 2004a, p. 72; DE FEO, 2004, p. 660.

⁷⁵⁵ In relazione all'art. 69, co. 1, invero, sono state sollevate diverse questioni di legittimità costituzionale. La conversione *ex lege* del rapporto contrasterebbe, secondo alcuni, con il principio di libertà di iniziativa economica privata ex art. 41, co. 1, Cost.: in tal senso, DE LUCA TAMAJO, 2003, § 9 (e 2005, pp. 482-483); SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 41; ROMEO, 2005, p. 232. È stato rilevato, inoltre, che l'automatica conversione del lavoro a progetto in lavoro subordinato violerebbe l'art. 35 Cost. che garantisce la protezione del lavoro in tutte le sue forme, compreso il lavoro parasubordinato a tempo indeterminato: in tal senso, VALLEBONA, 2005, p. 159; PEDRAZZOLI, 2004, p. 745; DE LUCA TAMAJO, 2005, pp. 482-483.

L'interpretazione in termini di presunzione assoluta del primo comma sarebbe, invece, in contrasto con il principio di indisponibilità del tipo negoziale da parte del legislatore sancito in più occasioni dalla Corte Costituzionale (sentenze 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro It.*, 1993, I, c. 2432, e 31 marzo 1994, n. 115, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, pp. 227 ss.): sul punto, TARTAGLIONE, 2003, p. XI, il quale, già prima dell'emanazione della circolare, aveva sostenuto la necessità di superare la lettera della norma attraverso la configurazione di una presunzione relativa. In proposito, però, occorre ricordare che per la Corte non è "consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato" (corsivo dello scrivente). Condizione che non pare ricorra nell'ipotesi in discussione (in termini, BELLAVISTA, 2004, p. 788-789; MEZZACAPO, 2004, § 9; PIZZOFRERATO, 2003, pp. 633-634; SANTORO PASSARELLI 2004a, p. 41).

Infine, la sanzione ex art. 69, co. 1, sarebbe, comunque, contraria al principio di ragionevolezza e di proporzionalità ed adeguatezza della norma rispetto allo scopo perseguito; DE ANGELIS, 2003, § 2; PEDRAZZOLI, 2004, p. 745.

Escludono qualsiasi problema di legittimità costituzionale della norma PIZZOFRERATO, 2003, pp. 634 ss.; MAGNANI-SPATARO, 2004, § 3; VILLANI, 2005, pp. 559-560; CANAVESI, 2004, p. 243; DELL'OLIO, 2005, p. 221.

⁷⁵⁶ Nella sentenza citata (spec., 660-661), il Giudice ha aderito all'interpretazione che considera la presunzione di cui al comma 1 dell'art. 69 di carattere relativo perché, ritenendo il contrario, si realizzerebbe "un grave *vulnus* al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, potendo arrivare ad imporre specifiche e forti tutele del lavoro subordinato ad attività che in nessun modo abbiano concretamente presentato le caratteristiche che tali garanzie giustificano".

relativa/presunzione assoluta, sostenendo che la mancanza del progetto non incida sulla natura del rapporto, che in ipotesi rimane autonoma così come convenuto tra le parti, ma soltanto sul piano della disciplina applicabile. L'unica conseguenza che promana, secondo questa interpretazione, dalla stipulazione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza progetto sarebbe la loro parificazione "al contratto di lavoro subordinato quanto alla disciplina applicabile, cioè quanto allo standard minimo di trattamento che deve essere inderogabilmente riservato per legge al lavoratore"⁷⁵⁷.

Questa posizione, tuttavia, non è condivisibile perché realizza una disparità di trattamento (tra collaboratori autonomi) non giustificata ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione⁷⁵⁸. L'assenza del requisito formale del progetto, infatti, non determina di per sé l'insorgenza per il collaboratore autonomo di interessi e di bisogni di protezione analoghi a quelli dei lavoratori subordinati nonché tali da differenziare la sua posizione da quella degli altri lavoratori a progetto⁷⁵⁹. Ragione per cui la tesi qui criticata, attribuendo trattamenti normativi uguali a soggetti in situazioni diverse e trattamenti normativi distinti a soggetti in situazioni sostanziali identiche, viola direttamente il principio di uguaglianza formale.

Tornando alla questione della struttura dell'obbligazione deducibile nel contratto di lavoro a progetto, il legislatore delegato ha confermato l'indicazione del legislatore delegante confermando che "il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito" (art. 63). Compenso testualmente qualificato in termini di "corrispettivo" sia dalla rubrica dell'art. 63, sia dal primo comma dell'art. 66 e che, comunque, pare sinallagmaticamente collegato alla esecuzione della prestazione lavorativa (dal momento che la gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto determinano, da un lato, l'inesigibilità della prestazione e, dall'altro, la non maturazione del diritto al compenso: argomento ex art. 66, co. 1).

I dati normativi ora richiamati, insomma, confermano che la quantità della prestazione sia misurata esclusivamente in termini di tempo: e ciò non può non comportare l'individuazione dell'attività lavorativa in quanto tale (e non dell'opera o servizio predeterminato) come oggetto della prestazione⁷⁶⁰.

Ma c'è di più. Il concetto stesso di "sospensione" del rapporto pare più propriamente riferibile ad una obbligazione di durata che ad una obbligazione ad adempimento istantaneo⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ ICHINO, 2005, p. 145; in senso conforme LISO, 2005, pp. 256-257; e PALLINI, 2005, § 7.

⁷⁵⁸ DE LUCA TAMAJO, 2005, pp. 482-483.

⁷⁵⁹ E ciò, con ogni evidenza, proprio perché la riconducibilità o meno dell'attività lavorativa ad un progetto, ad un programma o ad una fase di lavoro del committente nulla dice circa le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa (e, appunto, sui conseguenti bisogni di protezione).

⁷⁶⁰ In termini, CINELLI, 2003, pp. 375-376; PROIA, 2004, p. 672; e, dopo la pubblicazione della prima edizione di questo contributo, CANNELLA, 2004, p. 725; MARESCA, 2004, p. 661; PERULLI, 2004, pp. 88-89; TREMOLADA, 2004, p. 655; forse anche GHERA, 2005, 204. Ritengono che nel contratto di lavoro a progetto possa essere dedotta indifferentemente un'obbligazione di durata ovvero un'obbligazione ad esecuzione istantanea SANTORO PASSARELLI, 2004b, pp. 561-562 e MEZZACAPO, 2004, §§ 5 e 7. Sulla questione v. anche le argomentazioni di PEDRAZZOLI, 2004, pp. 704-705.

⁷⁶¹ Opinione condivisa da TREMOLADA, 2004, p. 655; PERULLI, 2004, p. 93. Sulla sospensione dell'obbligazione lavorativa v. più ampiamente *infra*, § 6.

Infine, e sempre nello stesso ordine di idee, il decreto delegato ha sancito la facoltà di recesso del committente per l'ipotesi in cui la sospensione si protragga "per un periodo superiore ad un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile" (art. 66, co. 2, seconda parte).

Il recesso del committente, insomma, è giustificato a prescindere da qualsiasi inadempimento del collaboratore a progetto e per il solo fatto che la sospensione del rapporto si protragga per un periodo che, considerando la durata dell'efficacia del contratto, è decisamente breve (e, comunque, tale da prescindere da qualsiasi giudizio prognostico circa la probabilità dell'inadempimento). Circostanza che evidenzia come l'interesse creditorio dedotto nel contratto a progetto non possa non essere quello alla coordinazione continua di una prestazione di lavoro autonomo; o, anche, che l'interesse del creditore della prestazione sia durevole e che la durata sia condizione di tale soddisfazione⁷⁶².

Per altro verso, però, la coerenza sistematica della costruzione è minacciata dalla presenza di altri dati normativi – come anticipato – antinomici rispetto a quelli appena ricordati.

Così è previsto che i "progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso", pur "determinati dal committente", siano "gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato" e ciò "indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa" (art. 61, co. 1, il quale, effettivamente, può lasciare intendere che il "tempo" sia nella disponibilità del debitore). Nello stesso ordine concettuale, è disposto che il contratto debba indicare – ai fini della prova – il progetto, il programma di lavoro o la fase di esso che sia "dedotto in contratto" (art. 62, co. 1, lett. b) e che il contratto di lavoro a progetto si risolva "al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto" (art. 67, co. 1). Previsioni, queste ultime, che hanno indotto alcuni interpreti a ritenere che, nel contratto di lavoro a progetto, il collaboratore sia vincolato alla esecuzione di un opus ulteriore rispetto alla mera prestazione di attività⁷⁶³.

Tuttavia, a patto di qualche forzatura e salvi successivi approfondimenti, è possibile interpretare le disposizioni innanzi indicate in modo da renderle coerenti con l'assetto legale così come innanzi ricostruito⁷⁶⁴.

⁷⁶² Va da sé che, se oggetto dell'obbligazione è l'attività lavorativa in quanto tale, il creditore acquisisce originariamente il prodotto del lavoro del collaboratore. Cfr. ICHINO, 1984, p. 36, spec. nt. 56.

⁷⁶³ DE LUCA TAMAJO, 2003, § 7 (cfr. anche nt. 22); LEONE, 2004, pp. 94, 103, 110; SANTORO PASSARELLI, 2004a, pp. 30-31; PONARI, 2004, pp. 198 e 204 ss. (spec. 207); CANAVESI, 2004, p. 237; LUNARDON, 2004b, pp. 266-267; PIZZOFRATO, 2003, p. 632.; MEZZACAPO, 2004, § 4; ZOLI, 2005, p. 84; PALLINI, 2005, § 6.

Posizione diversa è poi quella secondo la quale l'obbligazione lavorativa deducibile nel contratto di lavoro a progetto "può essere tanto di mezzi quanto di risultato" a seconda delle convenienze delle parti (così GARGIULO, 2004, p. 899; ICHINO, 2005, p. 142). La tesi, tuttavia, pare obliterare qualsiasi distinzione tra contratto d'opera ex art. 2222 c.c. e contratto di lavoro a progetto; o, in altri termini, la tesi pare elevare questo secondo modello contrattuale a schema (tendenzialmente) esclusivo per l'acquisizione non solo di prestazioni (non subordinate ma) coordinate e continuative, bensì anche di prestazioni di lavoro autonomo *tout court*.

⁷⁶⁴ In effetti, è difficile sfuggire all'impressione che l'intenzione degli estensori del decreto fosse quella di "estendere" al rapporto di lavoro a progetto alcune tra le discipline applicabili al rapporto di lavoro subordinato (e, quindi, ad un'obbligazione di durata); e che ciò abbia avuto luogo, ancora una volta, empiricamente, senza considerare che la disciplina del contratto di lavoro a progetto era strutturata sulla falsariga dei contratti in cui è dedotta un'obbligazione ad adempimento istantaneo. Di qui, appunto, le difficoltà di razionalizzazione della disciplina.

Anzitutto, si potrebbe interpretare il termine “risultato” di cui all’art. 61, co. 1, d. lgs. come “risultato materiale” e non, invece, come “risultato giuridico”: il collaboratore, insomma, porrebbe in essere l’attività lavorativa in piena autonomia (ossia, senza alcuna possibilità che il committente intervenga a determinare il comportamento dovuto) purché in funzione del risultato (materiale) atteso dal committente⁷⁶⁵. Conseguentemente, la disposizione avvalorerebbe la tesi, qui sostenuta, che ricostruisce l’obbligazione lavorativa come un’obbligazione di durata perché non attribuirebbe rilievo giuridico al compimento di un opus, ma si limiterebbe a descrivere la (ovvia) destinazione dell’attività autonoma alla produzione di utilità che soddisfa l’interesse creditorio⁷⁶⁶.

Quanto alla seconda parte della norma, secondo la quale l’attività di collaborazione dovrebbe altresì avere luogo “nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione dell’attività lavorativa”, si può ipotizzare un’interpretazione alternativa a quella finora proposta e più coerente con la disciplina del rapporto di lavoro a progetto. Si potrebbe intendere, infatti, che il collaboratore sia tenuto a prestare la propria attività in coordinazione con l’organizzazione predisposta dal committente e a prescindere dall’estensione giornaliera minima necessaria a produrre quel risultato materiale al quale il committente ha interesse.

Questa interpretazione può ritenersi addirittura confermata dall’art. 62, co. 1, lett. d, in base al quale nel contratto devono essere fissate, ai fini della prova, “le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa”⁷⁶⁷.

In questo caso, infatti, il legislatore evidenzia come la coordinazione possa implicare un vincolo circa l’esecuzione temporale della prestazione. Tuttavia, premesso che il riferimento all’elemento temporale può rilevare su diversi versanti (riguardando sia il profilo della durata della prestazione, sia quello della collocazione/distribuzione giornaliera/settimanale/mensile dell’attività nell’arco temporale di efficacia del contratto), almeno ad una prima riflessione pare plausibile ritenere che il potere di coordinamento del committente possa avere ad oggetto soltanto la collocazione/distribuzione della prestazione nel tempo⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ *Contra*, PERULLI, 2004, p. 89 il quale intende il “risultato” di cui all’art. 61, co. 1, “non già come il risultato derivante dall’adempimento dell’obbligazione di lavoro, bensì come il ‘risultato del risultato’ o risultato in senso pregnante, cui tende l’organizzazione del committente”.

⁷⁶⁶ Con una precisazione. Il committente ha diritto ad una prestazione lavorativa eseguita “secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d’arte” (arg. ex art. 2224, co. 1, c.c.) e “nel rispetto del coordinamento con la [propria] organizzazione” (arg. ex art. 61, co. 1, d. lgs. 276/2003). Ma, poiché la coordinazione è oggetto di uno specifico potere attribuito al committente (essendo il contratto di lavoro a progetto pur sempre una *species* di collaborazione non subordinata), il rischio che la prestazione non sia utile perché non inserita in modo imperfetto nell’organizzazione è a totale carico del committente medesimo.

⁷⁶⁷ GHERA, 2005, pp. 213-214, il quale rinviene proprio nell’onere di indicare le forme di coordinamento della prestazione la conferma testuale che il coordinamento dell’attività prestata dal collaboratore dipenda dall’iniziativa del committente. Nell’attribuzione in favore del committente di un potere di coordinamento, avente natura creditoria e funzione organizzativa, viene ravvisato l’elemento di “significativa innovazione” rispetto alla preesistente categoria delle collaborazioni coordinate e continuative, nell’ambito delle quali, invece, il generico riferimento del coordinamento alla prestazione d’opera, induceva a ritenere che il collegamento funzionale con l’organizzazione e l’attività del committente fosse affidato all’iniziativa del collaboratore.

⁷⁶⁸ Opinione che è stata condivisa da MEZZACAPO, 2004, § 6; nonché da DE FEO, 2004, p. 658; DE LUCA TAMAJO, 2005, p. 477. Non sono, invece, condivisibili interpretazioni che tendono a svuotare completamente di contenuto il potere di coordinazione temporale del committente o che, viceversa, propongono una definizione talmente ampia del dato testuale da privare il collaboratore di qualsiasi

La coordinazione con l'attività del committente, insomma, comporta sempre una certa divisione temporale della prestazione; e il lavoratore a progetto, proprio perché tenuto al "rispetto" della coordinazione (così come posta in essere dal committente) non potrebbe rifiutare la prestazione adducendo che essa sia collocata temporalmente in modo per lui non conveniente. La protezione giuridica accordata dall'ordinamento all'interesse del creditore al coordinamento della prestazione, del resto e come anticipato, trova un limite soltanto nel verificarsi di alcuni eventi (quali la gravidanza, la malattia, l'infortunio) che il legislatore espressamente eleva a cause di inesigibilità della prestazione.

Il potere di dividere temporalmente la prestazione, inoltre, dovrà essere ovviamente esercitato con le modalità – *rectius*, forme – concordate in sede contrattuale ai sensi dell'art. 62, lett. d.

Viceversa, in nessun caso il committente potrà incidere sulla durata massima della prestazione, la cui determinazione rimane prerogativa esclusiva del collaboratore ed espressione dell'autonomia esecutiva di cui gode.

La ricostruzione, per un verso, è perfettamente coerente con quanto sostenuto in precedenza circa la distinzione strutturale esistente tra potere direttivo del datore di lavoro e potere di coordinazione del committente (*supra*, § 2.3).

Per altro verso, l'opinione è logicamente e teoricamente compatibile con la ricostruzione dell'obbligazione dedotta in contratto come avente natura di durata poiché ritenere che l'utilità derivante al creditore dal rapporto sia proporzionale alla durata della prestazione non è affatto in contraddizione con l'ulteriore conclusione che la quantità complessiva dell'attività eseguita sia liberamente determinata dal collaboratore⁷⁶⁹.

È abbastanza agevole, poi, attribuire un significato diverso da quello letterale anche all'art. 67, co. 1. Anzitutto la norma è formulata in modo giuridicamente impreciso perché qualifica in termini di "risoluzione del contratto" ciò che, invece, appare più correttamente qualificabile come una "estinzione del rapporto per scadenza del termine". Posto che il contratto di lavoro a progetto è sempre un contratto a termine (con scadenza a data certa o determinabile: *arg. ex art. 62, co. 1, lett. a*), la previsione in commento potrebbe semplicemente significare che la durata prevista del contratto debba essere fissata in ragione della "realizzazione" del progetto o del programma produttivo fissato dal committente. Comunque, appare del tutto fuorviante il riferimento alla "risoluzione", vale a dire al rimedio civilistico previsto per i casi in cui, durante

residuale margine di autonomia organizzativa. Nella prima direzione, sembrerebbe collocarsi la lettura proposta da CASTELVETRI, 2004, p. 161, la quale riduce il coordinamento a potere del committente di effettuare verifiche periodiche in ordine allo stato di avanzamento del lavoro e, per l'effetto, ritiene ammissibile che vengano pattuite tra le parti scadenze temporali allo svolgimento dell'incarico, in modo da consentire confronti e verifiche (sembrerebbe una sorta di potere di controllo già previsto dall'art. 2224 c.c., salvo chiarire, poi, se e quali siano eventualmente le conseguenze per il caso in cui il collaboratore non abbia rispettato tali scadenze). Sul versante opposto, si pone, invece, l'interpretazione fornita da PEDRAZZOLI, 2004, p. 767, il quale sostiene che "il coordinamento temporale [possa] essere realizzato anche nella forma della fissazione di un orario di lavoro, che misura il tempo in cui la prestazione si deve svolgere, ovvero che detta il ritmo dell'esecuzione della prestazione stessa, se questa avviene per tratti successivi o ad intervalli"; nella stessa prospettiva, LUNARDON, 2004a, p. 32 e SANTORO PASSARELLI, 2005, p. 105, i quali ritengono ammissibile l'imposizione di un vincolo di orario al collaboratore al fine di soddisfare esigenze di coordinamento.

⁷⁶⁹ Collaboratore che, peraltro, dovrebbe generalmente avere un preciso interesse a prolungare la propria prestazione potendo così incrementare l'ammontare complessivo del compenso derivante dal rapporto. Ciò posto, pare soltanto frutto di un malinteso l'obiezione rivolta a chi scrive da PALLINI, 2005, § 6, nt. 29.

l'esecuzione di un contratto, intervenga un difetto nell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni⁷⁷⁰.

Infine, quanto alla qualificazione del progetto o del programma in termini di "oggetto" del contratto di cui all'art. 67, co. 1 (ma v. anche l'art. 62, co. 1, lett. b)⁷⁷¹, è appena il caso di ricordare che essa è apertamente contraddetta dall'art. 61, co. 1, nell'ambito del quale è precisato che quelli sono "determinati dal committente" e, quindi, non costituiscono oggetto di accordo⁷⁷². Nessuna opzione sul punto, pertanto, può essere argomentata soltanto in base a elementi testuali.

Resta da dire del significato da attribuire ai termini "progetto", "programma" e "fase" negli artt. 61, co. 1; 62, lett. b; 86, co. 1, nonché nel nuovo testo dell'art. 68. E la questione può essere adeguatamente affrontata proprio dopo aver precisato la funzione che essi assolvono nella disciplina del contratto: essi, infatti, non condizionano la struttura dell'obbligazione ma segnano i limiti legali entro i quali il committente è legittimato a stipulare questo particolare modello negoziale (e, in definitiva, ad acquisire prestazioni coordinate e continuative)⁷⁷³.

Circa quel significato sono state finora avanzate fin troppe ipotesi interpretative differenti.

In particolare, a chi ritiene distinti l'esposizione di un'idea da realizzare ("progetto") da quella del piano di attuazione di tale idea ("programma")⁷⁷⁴ o, comunque, attribuisce ai due termini una distinta valenza semantica⁷⁷⁵, si contrappone chi considera i due termini come un'endiadi⁷⁷⁶. In effetti, i due termini "progetto" e "programma" – ambigui e, comunque, utilizzati congiuntamente anche dal legislatore delegante – ben possono essere considerati come un'endiadi avente la funzione di identificare i segmenti dell'attività organizzata dal committente nei quali la prestazione lavorativa sarà inserita (e, quindi, di individuare altresì il collegamento temporale tra le stesse)⁷⁷⁷.

⁷⁷⁰ ROPPO, 1977, p. 227; GAZZONI, 2001, p. 991.

⁷⁷¹ Valorizzano le due disposizioni richiamate in testo, assumendole a fondamento delle rispettive ricostruzioni, SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 30; GARGIULO, 2004, p. 901; LUNARDON, 2004a, p. 26; MEZZACAPO, 2004, § 3; PALLINI, 2005, § 6.

⁷⁷² In termini, PERULLI, 2004, p. 88; MARESCA, 2004, p. 660; PEDRAZZOLI, 2004, p. 702; *contra*, SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 31. Comunque, c'è un ulteriore elemento lessicale che indebolisce la tesi qui non condivisa ed è costituito dall'utilizzazione del termine "riconducibile" riferito alla collaborazione (v. gli artt. 61, co. 1; 86, co. 1). Esso, infatti, evidenzia la connessione esistente tra due attività distinte: quella del collaboratore, dedotta in obbligazione, e quella del committente (individuata dal progetto e/o dal programma e/o dalla fase descritta nel documento negoziale).

In ogni caso, se davvero il progetto o il programma (o una loro fase) costituissero l'oggetto ex art. 1346 c.c. del contratto di lavoro a progetto, l'art. 69, co. 1, costituirebbe un'ipotesi di "conversione" di un contratto nullo.

⁷⁷³ In termini, MARESCA, 2004, p. 660 il quale, condivisibilmente, ritiene la tecnica normativa impiegata dal d. lgs. analoga a quella utilizzata dal d. lgs. n. 368/2001 in materia di contratto di lavoro subordinato a termine.

⁷⁷⁴ In termini, MISCIONE, 2003, p. 466; analogamente, TARTAGLIONE, 2003, p. X; LEONE, 2004, p. 94; SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 34.

⁷⁷⁵ In tal senso, e con posizioni talvolta distinte tra loro, DE LUCA TAMAJO, 2003, § 7; SANTORO PASSARELLI, 2004b, p. 558; MAGNANI-SPATARO, 2004a, § 4, GARGIULO, 2004, pp. 899-900; CASTELVETRI, 2004, pp. 152-153; DEL PUNTA, 2005, p. 230; FERRARO, 2004, p. 254; MEZZACAPO, 2004, § 8. Anche la circolare n. 1 del 2004 (p. 19) distingue tra il progetto che individua un risultato finale ed il programma che si riferisce ad un risultato meramente parziale, che concorre, unitamente ad altri risultati parziali, alla realizzazione di un risultato finale.

⁷⁷⁶ PROIA, 2004, pp. 667-668.; GHERA, 2005, p. 204; MARESCA, 2004, p. 660; PIZZOFERRATO, 2003, pp. 630-631; CANAVESI, 2004, pp. 234-235; PEDRAZZOLI, 2004, p. 696; CINELLI, 2003, p. 375; LUNARDON, 2004a, p. 23.

⁷⁷⁷ *Contra*, MEZZACAPO, 2004, § 3.

Del resto, ancora più generico degli altri due è il concetto di “fase” che – implicando l’idea di un intervallo temporalmente definito ma privo di una propria finalizzazione (perché destinato ad inserirsi in uno svolgimento continuo più ampio) – si presta di per sé ad essere applicato a qualsiasi “parte” in cui possa essere scomposto il processo produttivo⁷⁷⁸.

Una restrizione del campo semantico dell’espressione “progetto, programma o fase” potrebbe forse essere realizzata tenendo conto delle finalità di politica del diritto che il legislatore pare perseguire. Se la *ratio legis* dovesse essere individuata nella necessità di contenere il ricorso alle collaborazioni autonome e la conseguente “fuga” dal lavoro subordinato, sarebbe plausibile un’interpretazione restrittiva dell’endiadi di cui sopra, che legittimi la conclusione del contratto in presenza di situazioni produttive particolari e teleologicamente individuate (anche se non necessariamente uniche e irripetibili).

Analogamente, la valorizzazione della *ratio legis* dovrebbe indurre ad interpretare il concetto di “fase” come riferito non all’attività del committente nel suo complesso, bensì soltanto ad un segmento di essa (ossia al “progetto” o al “programma”), di cui rappresenterebbe una sorta di articolazione interna.

Non c’è dubbio, comunque, che la genericità dei termini impiegati finisca per frustrare l’attitudine *selettiva* che ogni criterio di legittimazione a stipulare dovrebbe possedere⁷⁷⁹. L’unico dato certo è che, poiché “l’afferenza a un progetto, programma o fase di esso [...] in pratica si traduce nella [...] corrispondenza [dell’attività di lavoro] ad un interesse produttivo del creditore temporalmente ben circoscritto”⁷⁸⁰, la stipulazione di un contratto di lavoro a progetto sarà legittima allorché soddisfi un interesse produttivo temporalmente limitato⁷⁸¹.

4. La costituzione del rapporto: il vincolo di forma e la certificazione

L’articolo 62 del decreto legislativo precisa che il contratto di lavoro a progetto deve essere “stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova”, l’indicazione della durata (che, a seconda dei casi, può essere determinata o solo determinabile); l’indicazione del programma o del progetto o della fase di lavoro in cui la prestazione lavorativa è destinata ad inserirsi; il corrispettivo “e i criteri per la sua determinazione”, le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese; la “forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa”; e, infine, eventuali specifiche misure di tutela della salute e della sicurezza del collaboratore, ulteriori rispetto a quelle previste dal d. lgs. 626/1994 e successive modifiche ed integrazioni.

⁷⁷⁸ Opinione che pare implicita nell’argomentazione di PROIA, 2004, pp. 66-667.

⁷⁷⁹ Ma, come dimostra altresì la disciplina del contratto di lavoro subordinato a termine, ciò non sempre accade.

⁷⁸⁰ ICHINO, 2005, p. 138; DE LUCA TAMAJO, 2004, p. 537. *Contra*, Tosi, 2005, pp. 261-262, secondo il quale “il Decreto [...] non preclude di inserire nel contratto, proprio in relazione al programma da realizzare, accanto al termine una clausola di rinnovo tacito salvo disdetta”; e PERSIANI, 2005, p. 22. Sul punto, *infra* § 6.

⁷⁸¹ Inoltre, come chi scrive ha segnalato nella prima edizione di quest’opera, poiché la collaborazione è negozialmente ricondotta (ed inquadrata in) in una parte dell’attività organizzata dal committente, nella fase di gestione del rapporto il progetto, il programma o la fase ai quali la collaborazione è ricondotta in concreto segnano e delimitano l’ambito in cui può esplicarsi l’interesse del committente medesimo alla coordinazione della prestazione medesima (opinione successivamente condivisa anche MARESCA da , 2004, p. 660).

Ancora una volta, l'imprecisa formulazione della prima parte della disposizione l'ha resa gravemente controversa.

Più precisamente, c'è stato chi – valorizzando la formulazione letterale⁷⁸² – ha ricavato dall'articolo in commento una duplice precetto: la prima relativa alla forma del contratto, che avrebbe valore sostanziale (con conseguente applicazione degli artt. 1325, n. 4, e 1418 c.c.); la seconda relativa alla forma degli elementi indicati dalle lettere da a ad e⁷⁸³.

Le opinioni, poi, divergono ulteriormente in ordine alle conseguenze derivanti dalla nullità del contratto. Secondo una tesi, non essendo applicabile l'art. 2126 c.c. in materia di prestazioni di lavoro subordinato, il collaboratore avrebbe diritto ad un indennizzo in conseguenza dell'ingiustificato arricchimento del committente (arg. ex art. 2041 c.c.)⁷⁸⁴; un'altra soluzione ammette che il contratto di lavoro a progetto, pur invalido, non sia necessariamente privo di effetto essendo "le parti (in particolare, è da ritenere, il lavoratore) [...] libere di allegare in giudizio gli elementi, a cominciare dall'accordo e, soprattutto, il comportamento anteriore e posteriore (arg. art. 1362, secondo comma, c.c.), rilevanti per la conversione volontaria (cfr. art. 1424 c.c.) del contratto di collaborazione in un diverso contratto di lavoro (e, in pratica, avranno l'onere di provare la natura subordinata o, in alternativa, autonoma ma non coordinata della prestazione)"⁷⁸⁵.

Senonché, c'è un argomento decisivo per escludere che il decreto delegato prescriva la forma scritta del contratto ai fini della validità dello stesso. Proprio l'articolo 1325, n. 4, c.c., infatti, indica la forma tra i requisiti essenziali del contratto limitatamente all'ipotesi in cui essa risulti "prescritta dalla legge sotto pena di nullità". Nel caso di specie, invece, il legislatore non ha previsto la forma "a pena di nullità" come ha fatto, per restare allo stesso d. lgs. n. 276 del 2003, in relazione al contratto di somministrazione (art. 21, co. 4) e al contratto di inserimento (art. 56, co. 2).

Del resto, se da un lato il tenore letterale dell'articolo 62, primo periodo, legittima l'interpretazione opposta a quella riferita, dall'altro non è ancora chiara quale potrebbe essere la ratio dell'asserita doppia prescrizione in materia di forma.

In conclusione, è preferibile optare per una lettura unitaria dell'art. 62 e ritenere che la forma, tanto del vincolo negoziale quanto dei suoi elementi contenutistici, non sia richiesta ai fini della

⁷⁸² GHERA, (2005, p. 208, nt. 31) aggiunge al dato letterale un ulteriore argomento testuale, rappresentato dal fatto che "nel corpo del medesimo decreto delegato non mancano i casi (art. 35: contratto di lavoro intermittente; art. 42: contratto di lavoro ripartito) in cui la stipulazione in forma scritta ai fini (solo) della prova è stabilita con chiarezza"; nonché una ragione di ordine sistematico, essendo "la forma costitutiva [...] la regola per la quasi totalità dei contratti cd. atipici di lavoro". Cfr. anche CANNELLA, 2004, p. 726.

⁷⁸³ DE ANGELIS, 2004, § 3; pare anche CANNELLA, 2004, p. 726 e GAROFALO D. 2004, p. 231; certamente DE FEO, 2004, p. 659; GHERA, 2005, p. 208. Per quest'ultimo, in particolare, il legislatore avrebbe prescritto la forma scritta *ad substantiam* per la manifestazione di volontà avente ad oggetto la costituzione del vincolo contrattuale (p. 209) nonché per il progetto determinato dal committente (p. 210). Conseguentemente, questo giurista introduce la distinzione tra progetto come elemento essenziale (ex art. 61, co.1, d. lgs.) e progetto come elemento testuale del contratto (ex art. 62, lett. b, d. lgs.): cfr. pp. 210 ss.

⁷⁸⁴ DE ANGELIS, 2003, § 3.

⁷⁸⁵ GHERA, 2005, p. 210. L'opinione, però, offre una soluzione più apparente che reale al problema in relazione al quale è stata formulata. La conversione volontaria del contratto di lavoro a progetto in un altro contratto di lavoro subordinato oppure autonomo, infatti, potrà avere luogo soltanto nelle ipotesi in cui la prestazione lavorativa resa in concreto *non* sia qualificabile in termini di collaborazione coordinata e continuativa (o, se si preferisce, nei casi in cui le parti abbiano abusato dallo schema contrattuale a progetto). Restano del tutto imprecisate, invece, le conseguenze derivanti dalla dichiarazione di nullità del contratto a progetto allorché l'attività prestata sia genuinamente una collaborazione autonoma.

validità del contratto, bensì soltanto della “prova”⁷⁸⁶; ed essendo forma della prova e non dell’atto, è destinata ad operare esclusivamente all’interno del processo (artt. 2725, co. 1; 2724, n. 3; 2729, co. 2, c.c.).

Sul piano pratico, si tratta di una regola che è destinata ad incidere soprattutto nella sfera giuridica del committente, dal momento che la tutela – davvero minima – che il legislatore collega al contratto in discorso dovrebbe ridurre a pochi i casi in cui il collaboratore abbia interesse a chiedere giudizialmente la qualificazione del rapporto in termini di lavoro a progetto⁷⁸⁷. Più spesso, infatti, sarà il committente ad avere interesse a provare l’esistenza di dati di fatto che attestino la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a progetto: prova che, in applicazione dell’art. 62 d. lgs. 276/2003 non potrà essere fornita per testimoni.

Questa sarà ammissibile, infatti, soltanto nell’ipotesi in cui la parte abbia perso “senza sua colpa [...] il documento che gli forniva la prova” (art. 2724, n. 3).

L’assenza o lo smarrimento o la distruzione colposi del documento negoziale, sottoscritto dalle parti, non possono essere validamente surrogati neppure dall’atto di certificazione, vale a dire dall’atto che conclude il procedimento di cui all’art. 78 d. lgs. 276/2003 e nel quale una commissione espressamente abilitata “certifica” l’intenzione delle parti di instaurare un dato tipo di rapporto anziché un altro.

Un’altra questione si poneva nella vigenza del testo originario dell’articolo 68 d. lgs., il quale testualmente così disponeva: “i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel [capo I del titolo VII del d. lgs.] possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro”. La norma, quindi, si prestava ad essere interpretata nel senso che le parti, avvalendosi della procedura di certificazione, potessero al momento della costituzione del rapporto liberamente comporre gli interessi reciproci eventualmente anche derogando alle (poche) previsioni legali poste a tutela del collaboratore a progetto⁷⁸⁸.

L’opinione prevalente, tuttavia, propendeva per la conclusione negativa⁷⁸⁹. L’argomento più significativo a sostegno della tesi era dato dal riferimento – contenuto nel medesimo art. 68 d. lgs. – alle rinunzie ed alle transazioni: in effetti, in tanto può avere luogo una rinunzia o una transazione su diritti in quanto questi siano già maturati (e, quindi, siano effettivamente disponibili)⁷⁹⁰. Il riferimento alla “sede di certificazione”⁷⁹¹, pertanto, era correttamente inteso nel senso di

⁷⁸⁶ In termini, oltre alla circolare ministeriale n. 1 del 2004 (p. 19) e a Trib. Torino 15 aprile 2005 (p. 658), CASTELVETRI, 2004, pp. 156-157; D’ORONZO, 2004, p. 13; VISCOMI, 2004, p. 324; VILLANI, 2005, p. 575; PEDRAZZOLI, 2004, p. 769; MARESCA, 2004, p. 662; LUNARDON, 2004a, pp. 50 e 51; PALLINI, 2005, § 5.

⁷⁸⁷ Opinione condivisa da GHERA, 2005, p. 211.

⁷⁸⁸ In termini, TIRABOSCHI, 2003, p. 111; DE ANGELIS 2003, § 6; MISCIONE, 2004, p. 467; PEDRAZZOLI, 2004, p. 835; GHERA, 2004, pp. 278 e 286; D’ORONZO, 2004, p. 14; NOGLER, 2004, p. 207; NOVELLA, 2004, pp. 131 ss. Occorre, tuttavia, precisare che anche coloro che ritenevano legittima la “derogabilità assistita” dei diritti salvaguardavano un nucleo più o meno ampio di diritti sottratti alla disponibilità dell’autonomia individuale.

⁷⁸⁹ GAROFALO M.G., 2004, p. 427; PIZZOFERRATO, 2004, pp. 840-841; SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 45; VALLEBONA, 2004a, p. 136; SPEZIALE, 2004, p. 229; ZOLI, 2005, p. 104.

⁷⁹⁰ ALLEVA, 2003, § 7; DE LUCA TAMAJO, 2003, § 10; LEONE, 2004, p. 106; BELLAVISTA, 2004, p. 780; *contra*, NOGLER, 2004, p. 207.

⁷⁹¹ Tale riferimento testuale è stato uno degli argomenti addotti a sostegno da coloro che hanno sostenuto che le rinunce e transazioni non potessero che riferirsi a diritti futuri poiché, sul piano pratico, il momento della certificazione tendeva a coincidere con quello

aggiungere anche le commissioni di certificazioni ai soggetti individuati nell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. come garanti della genuinità del consenso del collaboratore espresso con la rinuncia o con la transazione.

Questa ipotesi interpretativa appare oggi ancora più plausibile dopo la novella dell'art. 68 ad opera del d. lgs. n. 251 del 2004. Attualmente, infatti, la disposizione in discorso così prevede: "nella riconduzione ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'articolo 61, comma 1, i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di cui al titolo VIII secondo lo schema dell'articolo 2113 del codice civile".

In effetti, individuando l'oggetto degli atti dispositivi nei "diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere" – e non più nei "diritti" previsti da un testo legislativo – la previsione in commento rafforza l'idea che le rinunce e transazioni cui si riferisce debbano essere intese nella loro accezione rigorosamente tecnica di negozi attraverso i quali si dispone di diritti già acquisiti al patrimonio del soggetto. Inoltre, l'espressione "secondo lo schema dell'articolo 2113 del codice civile" (pur tecnicamente errata) si presta ad essere interpretata nel senso che la disposizione dei diritti avvenuta in sede di certificazione abbia luogo "ai sensi e con gli effetti di cui all'articolo 2113 c.c."⁷⁹².

Ciò non significa, beninteso, che la nuova formulazione dell'articolo 68 si presenti facilmente intelligibile. Equivoco, ad esempio, è il riferimento al momento in cui dovrebbe avvenire la disposizione dei diritti individuato dalla norma "nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso" di un "rapporto di lavoro già in essere". Almeno secondo alcuni commentatori, infatti, la norma limiterebbe temporalmente l'ambito applicativo dell'art. 68 alla fase di transizione dai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa non ancora scaduti alla nuova fattispecie del lavoro a progetto⁷⁹³.

La vicenda ora riassunta, comunque, non esaurisce il problema dei limiti alla disponibilità del regolamento negoziale al momento della costituzione del rapporto.

Occorre considerare, infatti, che tale disponibilità potrebbe discendere – in via generale – dall'art. 78, co. 4, d. lgs. 276/2003, il quale purtroppo si presta ad essere interpretato quale delega legislativa ad un atto regolamentare (un decreto ministeriale) avente ad oggetto l'individuazione delle "clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti ed ai trattamenti economici e normativi". Se, infatti, il Ministro è delegato ad individuare i trattamenti economici e normativi indisponibili, dalla individuazione medesima

della stipulazione (in termini, per tutti, MARESCA, 2004, p. 662). Secondo VISCOMI, 2004, p. 332, invece, il riferimento alla certificazione – unitamente al rinvio al titolo V del decreto – circoscrivevano l'ipotesi normativa al caso in cui l'iniziale contratto a progetto fosse successivamente convertito in un rapporto di lavoro subordinato (intermittente, ripartito o a tempo parziale). Maggiormente convincente, tuttavia, era l'opinione che riteneva il riferimento al titolo V una mera svista del legislatore storico (per tutti, LEONE, 2004, p. 106; svista non a caso corretta dall'art. 15 del d. lgs. 241 del 2004).

⁷⁹² Si ricordi, peraltro, che proprio l'assenza nel testo originario dell'art. 68 di qualsiasi rinvio all'art. 2113 c.c. costituiva uno degli elementi testuali sui quali si fondava la tesi della derogabilità assistita (per tutti, si veda ancora DE ANGELIS, 2003, § 6).

⁷⁹³ Se si accoglie tale lettura, l'art. 68 assume la funzione di norma transitoria, destinata ad esaurire i suoi effetti entro e non oltre il 24 ottobre 2005. In tal senso, VILLANI, 2005, pp. 588-586; PIZZOFERRATO, 2004, p. 841; ma, già prima della novella, BELLAVISTA, 2004, p. 782; *contra*, TREMOLADA, 2004, p. 658.

dovrebbe discendere la disponibilità dei trattamenti non compresi nell'elencazione.

La norma, certamente applicabile al lavoro a progetto *ex art. 75, co. 1, d. lgs. 276/2003*, altrettanto certamente eccede i limiti posti dalla legge delega che, come è noto, non prevedeva meccanismi di "derogabilità assistita" che consentissero alle parti del rapporto di disporre – in alcune sedi e secondo determinate procedure – anche di norme legali altrimenti inderogabili⁷⁹⁴.

Ma essa pone anche il problema specifico di come interpretare il termine "clausole" al quale si riferisce l'attributo dell'indisponibilità. Orbene, tale termine pare utilizzato nel testo legislativo in modo improprio. A meno di non ritenere che derogabili in sede di certificazione siano soltanto le clausole dei contratti collettivi⁷⁹⁵ (circostanza che pare decisamente in contrasto con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost.), per "clausole" devono intendersi le norme legali che disciplinano i contratti di lavoro intermittente, di lavoro ripartito, di lavoro subordinato a tempo parziale, di associazione in partecipazione e, appunto, di lavoro a progetto (cioè le fattispecie negoziali alle quali si applica la disciplina della certificazione).

Nei limiti in cui, pertanto, sarà avvalorata l'interpretazione dell'art. 78, co. 4, ora riferita (e, naturalmente, fino a quando tale lettura non sia valutata come costituzionalmente illegittima per eccesso di delega) dovrà ritenersi che la disponibilità del regolamento negoziale da parte dell'autonomia privata sia sempre possibile con il solo limite delle previsioni legali considerate indisponibili dall'apposito decreto ministeriale.

5. La disciplina legale del rapporto

Il decreto legislativo pone poche regole relative all'esecuzione del rapporto di lavoro a progetto, molte delle quali disponibili per l'autonomia privata. Tenuto conto che l'autonomia privata non è di per sé garanzia di un equilibrato potere di influire sulla determinazione del regolamento negoziale (*bensì*), soltanto, della libera decisione di ciascuna parte circa l'opportunità di stipulare un contratto a certe condizioni), se ne può trarre la conclusione che il legislatore non abbia compreso i lavoratori a progetto tra coloro che – socialmente sottoprotetti – abbiano bisogno di un particolare statuto giuridico. O, se si preferisce, si può riferire al lavoro a progetto quanto affermato in relazione alle proposte regolative discusse in passato: che, cioè, "la tutela del lavoro coordinato senza vincolo di subordinazione non è animata dallo spirito originario del diritto del lavoro, che è spirito di emancipazione, di liberazione da condizioni lesive dei valori della sicurezza, della libertà e della dignità umana"⁷⁹⁶.

a) Quanto al corrispettivo, è già stato anticipato come esso sia fondamentale al fine di ricostruire il lavoro a progetto come contratto di durata (in senso tecnico-giuridico). Esso, infatti, non solo è

⁷⁹⁴ Troppo fragile essendo il riferimento al "programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione" di cui all'art. 5, co. 1, lett. e, legge 30/2003. In tal senso, GAROFALO M.G., 2004, p. 427; DE ANGELIS, 2003, § 6, il quale, pur aderendo alla tesi della derogabilità assistita, riconosce l'esistenza di "serissimi problemi" di costituzionalità; *contra*, NOVELLA, 2004, pp. 146-147. BELLAVISTA, 2004, pp. 784-785, ritiene che l'unica interpretazione compatibile con l'attuale sistema sia quella che riduce l'intervento ministeriale a mera operazione ricognitiva delle clausole tanto legali quanto contrattuali che sono *ex ante* inderogabili e di quelle che, per espressa previsione della fonte che le contiene, sono, invece, derogabili dall'autonomia individuale.

⁷⁹⁵ Così pare, invece, NOGLER, 2004, p. 240; DE ANGELIS, 2003, § 6; VALLEBONA, 2004a, p. 140.

⁷⁹⁶ MENGONI, 2002, p. 21.

proporzionato “alla quantità” del lavoro eseguito (art. 63, co. 1) ma non spetta per il caso di sospensione dell’obbligazione lavorativa (art. 66, co. 1)⁷⁹⁷.

I problemi aperti, invece, riguardano l’interpretazione e l’applicazione concreta della norma che commisura il compenso anche alla “qualità del lavoro eseguito” nonché, soprattutto, ai “compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto” (art. 63, seconda parte; che pare riproporre il criterio fissato dall’art. 3, co. 1, seconda parte, legge 142/2001).

Va da sé che le parti sono assolutamente libere di fissare il compenso e, in questo senso, non era neppure necessario che il legislatore precisasse che le norme legali possono essere derogate in melius sia dall’autonomia individuale, sia da quella collettiva (se esistente) (art. 61, co. 4).

Il problema si pone, invece, qualora il lavoratore a progetto contesti giudizialmente l’adeguatezza del compenso alla “qualità e quantità del lavoro”.

La norma, anzitutto, consente al giudice l’integrazione del contratto di lavoro a progetto su un punto essenziale dello scambio contrattuale quale certamente è la determinazione del compenso (e ciò in deroga all’art. 1418, co. 2, c.c.). Se così non fosse, del resto, essa sarebbe priva di qualsiasi rilevanza pratica.

Nella precedente edizione di questo commentario, chi scrive aveva ritenuto che il riferimento ai “compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto”, fungesse da criterio di valutazione della proporzionalità del compenso pattuito alla qualità e quantità del lavoro eseguito. Di conseguenza, si era concluso che, in nessun caso, il collaboratore che intendesse contestare l’adeguatezza del compenso pattuito avrebbe potuto farlo invocando quanto stabilito dalla contrattazione collettiva in relazione ai lavoratori subordinati adibiti a mansioni il cui contenuto fosse oggettivamente analogo all’oggetto della collaborazione⁷⁹⁸.

Ad una più attenta riflessione, tuttavia, si ritiene di dover rettificare quell’interpretazione. Testualmente, infatti, la norma prevede che il compenso debba essere “proporzionale alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo [...]”. La separazione introdotta dalla virgola porta a ritenere che il legislatore abbia dettato due criteri distinti e concorrenti di determinazione del compenso. Più precisamente, il giudice – nel verificare la proporzionalità del compenso – ben può assumere a parametro di riferimento quanto previsto dal contratto collettivo per i lavoratori

⁷⁹⁷ Non ha senso, infatti, ritenere che la sospensione della prestazione comporti la sospensione della sola “erogazione del corrispettivo” (come testualmente prevede il legislatore). Se così fosse, il collaboratore - alla ripresa dell’attività - avrebbe diritto alla corrispondenza delle somme maturate (ma non erogate) durante la sospensione: norma che sarebbe priva di qualsiasi razionalità. Proprio la natura corrispettiva del compenso, invece, induce a ritenere che sospesa non sia l’erogazione, ma l’intera obbligazione pecuniaria del committente.

⁷⁹⁸ Opinione condivisa anche PERULLI, 2004, p. 102; CASTELVETRI, 2004, pp. 160-161. V. anche la circolare ministeriale n. 1 del 2004, p. 20.

subordinati⁷⁹⁹, eventualmente aumentando il corrispettivo spettante al collaboratore qualora l'ammontare dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione sia superiore⁸⁰⁰.

Pertanto, il giudice non sarebbe in alcun modo vincolato dall'eventuale dichiarazione negoziale con la quale le parti si siano reciprocamente date atto che il compenso pattuito sia quello "normalmente corrisposto per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto"⁸⁰¹.

Sotto altro profilo, ferma restando la proporzionalità del compenso concordato, e al fine di dare applicazione anche all'altro criterio legalmente previsto, non è da escludere possa farsi riferimento alle tariffe fissate per quelle professioni intellettuali che prevedono l'iscrizione in albi⁸⁰². Tuttavia, l'indice rappresentato dalle tariffe professionali dovrebbe essere integrato dal criterio "territoriale", vale a dire dalle prassi registrabili in materia di compensi "nel luogo di esecuzione del rapporto". Operazione ardua in assenza di una definizione legislativa del termine "luogo" e in mancanza di idonee forme di rilevazione e pubblicità delle prassi medesime⁸⁰³.

Peraltro, al di là dell'ovvia difficoltà pratica che dovrà essere affrontata, non c'è dubbio che sul punto il decreto legislativo sia viziato da un eccesso di delega⁸⁰⁴. Infatti, l'art. 4, co. 1, lett. c, n. 1 della legge 30/2003 prevedeva quale unico criterio per la determinazione del compenso quello della proporzionalità alla qualità e quantità di lavoro.

Infine, occorre tenere conto dell'opinione che ritiene applicabile anche al lavoro a progetto l'art. 36, co. 1, della Costituzione, per cui il compenso dovrebbe essere altresì "sufficiente ad assicurare [al lavoratore] e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"⁸⁰⁵.

L'argomento proposto è il seguente: poiché la legge delega e il decreto delegato – stabilendo che il corrispettivo debba essere "proporzionato alla quantità e qualità del lavoro" – richiama testualmente la prima parte dell'art. 36, co. 1, Cost. vi sarebbe ormai un dato legale per "considerare superato l'orientamento – tanto generalizzato quanto ingiustificato – che riserva l'applicazione

⁷⁹⁹ In senso parzialmente divergente, a quanto è dato intendere, PEDRAZZOLI, 2004, p. 780 e per CANNELLA, 2004, pp. 727-728, per i quali l'impiego in funzione parametrica di quanto stabilito dal contratto collettivo per i lavoratori subordinati è possibile solo allorché manchino indicazioni circa i compensi normalmente previsti per i lavoratori autonomi nel luogo di esecuzione del rapporto.

⁸⁰⁰ *Contra*, MISCHIONE, 2003, pp. 822-823 e LAZZARI, 2004, pp. 56-57, secondo i quali ritengono questo secondo parametro non vincolante, ma meramente orientativo, per il giudice.

⁸⁰¹ Una dichiarazione di questo contenuto è presente, ad esempio, nello schema di contratto predisposto dalla Confindustria e pubblicato in *Guida al lav.*, n. speciale, gennaio 2004, 59.

⁸⁰² In tal senso, v. anche PEDRAZZOLI, 2004, p. 780; *contra*, PERULLI, 2004, p. 102 il quale sostiene "l'inutilizzabilità dei tariffari degli ordini professionali in quanto applicabili ai soggetti iscritti agli albi e quindi esclusi dal campo di applicazione delle disposizioni sul lavoro a progetto".

⁸⁰³ Evidenziano le difficoltà applicative del riferimento ai compensi per analoghe prestazioni MAGNANI-SPATARO, 2004a, § 5; DE LUCA TAMAJO, 2003, § 10, il quale paventa il rischio che le incertezze connesse a tale criterio nella fase applicativa possano favorire valutazioni giudiziali inevitabilmente e pericolosamente discrezionali; PERULLI, 2004, p. 102.

⁸⁰⁴ V. LEONE, 2004, p. 104.

⁸⁰⁵ In termini, GAROFALO M. G., 2003, p. 373; NAPOLI, 2005, p. 43; in generale, sull'applicabilità delle norme di cui al titolo III della Costituzione anche ai lavoratori (non soltanto subordinati purché) economicamente dipendenti, VOZA, 2004, 252-253; *contra*, MAGNANI-SPATARO, 2004a, § 5; DE LUCA TAMAJO, 2003, § 10; DE ANGELIS, 2003, § 5; PERULLI, 2004, pp. 99 e ss.; PALLINI, 2005, § 5.

della norma costituzionale ai rapporti di lavoro subordinato”⁸⁰⁶.

L’opinione, però, pur condivisibile sul piano della politica del diritto, non convince⁸⁰⁷. Per il semplice ed essenziale motivo che pare metodologicamente errato dedurre il significato di una previsione costituzionale da una norma inserita in un atto avente forza e valore di legge anziché, appunto, dall’interpretazione letterale e sistematica del testo costituzionale.

E finora, a quanto consta, l’interpretazione assolutamente prevalente dell’art. 36 Cost. è stato nel senso della sua applicabilità al solo lavoro subordinato⁸⁰⁸.

b) Una breve osservazione merita anche la previsione che impone l’indicazione nel documento negoziale della “disciplina dei rimborsi spese”. Proprio il riferimento al concetto di “rimborso” distingue la disciplina del lavoro a progetto da quella del contratto d’opera intellettuale ove, come è noto, vige la regola opposta. Ai sensi dell’art. 2234 c.c., infatti, “il cliente, salvo diversa pattuizione, deve anticipare al prestatore d’opera le spese occorrenti al compimento dell’opera”.

Sempre in materia di corrispettivi, occorre anche ricordare che recentemente l’art. 13-bis del 14 marzo 2005, convertito con modificazioni in legge 14 maggio 2005, n. 80, ha esteso anche ai collaboratori indipendenti le norme in materia di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità dei compensi vigenti per i lavoratori subordinati. Questa, almeno, pare essere l’interpretazione preferibile di una disposizione la cui formulazione letterale effettivamente è equivoca (v., *amplius*, § 5.1).

c) Il d. lgs. 276/2003 prevede espressamente che il collaboratore possa svolgere “la sua attività presso più committenti”, salvo diverso accordo (art. 64, co. 1). Patto di esclusiva che può essere, in assenza di ulteriori precisazioni, sia contestuale che successivo all’instaurazione del rapporto.

Il legislatore non disciplina espressamente quello che, a ben vedere, è un aspetto fondamentale del rapporto di collaborazione, dal momento che dall’esistenza o meno di un patto di esclusiva dipende la possibilità per il collaboratore di integrare il proprio reddito (e diversificando le occasioni di reddito, anche di affrancarsi dalla dipendenza economica derivante dallo svolgere attività lavorativa solo in favore di un unico committente)⁸⁰⁹.

Ciò comporta che non è necessaria la forma scritta, né ai fini della validità né ai fini della prova del patto; né la pattuizione di una somma che compensi il collaboratore della rinuncia ad altre occasioni di lavoro e di guadagno.

Peraltro, stante il tenore letterale della previsione, la validità del patto di esclusiva non può che essere limitata alla durata del contratto di lavoro a progetto e terminare con esso⁸¹⁰.

d) Più dubbia, invece, è l’interpretazione dell’art. 64, co. 2, ai sensi del quale “il collaboratore a progetto non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti né, in ogni caso, diffondere

⁸⁰⁶ GAROFALO M. G., 2003, p. 373.

⁸⁰⁷ In termini, ma con argomentazione fondata sul tenore letterale della previsione, LEONE, 2004, p. 103.

⁸⁰⁸ L’applicabilità dell’art. 36, co. 1, Cost. anche ai lavoratori autonomi pare affermata – nel richiamare Corte Cost. 7 luglio 1964, n. 75 – da MAZZIOTTI, 1973, p. 340.

⁸⁰⁹ In termini PEDRAZZOLI, 2004, p. 787.

⁸¹⁰ In termini MASSI, 2004, p. 256.

notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi ed alla organizzazione di essi, né compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività dei committenti medesimi”.

La previsione costituisce una riformulazione – adattata all’ipotesi del collaboratore a progetto – della fattispecie delineata all’art. 2105 del codice civile⁸¹¹ e l’elencazione dei comportamenti vietati deve considerarsi tassativa⁸¹².

Anzitutto, è evidente che si possa parlare di “attività in concorrenza” soltanto allorché il lavoratore a progetto ponga in essere direttamente uno o più atti o comportamenti (o attività) con finalità di lucro, nel medesimo settore produttivo o commerciale (o “ramo di attività”) in cui opera il committente, in un medesimo ambito territoriale e, quindi, potenzialmente, in modo da contendergli la clientela.

Più delicata è l’interpretazione del secondo dei comportamenti vietati, consistente nel “diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi ed alla organizzazione di essi”, vale a dire all’organizzazione e all’attività del committente.

A ben vedere, è forse possibile scorgere nella norma il divieto di due distinti comportamenti imputabili al collaboratore non subordinato.

Il primo consiste nella “divulgazione di notizie” allorché queste, naturalmente, siano riservate e destinate a restare tali. In questo senso, è sostenibile che la fattispecie sia analoga – sotto il profilo degli interessi privati tutelati – a quella prevista dall’art. 623 c.p., ai sensi del quale è punibile a querela della persona offesa “chiunque, venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali, le rivela o le impiega a proprio o altrui profitto”.

Più complesso è stabilire significato e ratio del divieto di “diffondere [...] apprezzamenti”, ossia “giudizi di valore”⁸¹³. Un’ipotesi interpretativa plausibile consiste nell’interpretare l’espressione in discorso in senso analogo a quello proprio dell’art. 2598, co. 1, n. 2, c.c. in materia di atti di concorrenza sleale. La diffusione di apprezzamenti, cioè, dovrebbe essere idonea a determinare il discredito del committente e, potenzialmente, a danneggiarne la posizione commerciale.

In questa prospettiva, non sarebbe presupposto necessario della fattispecie la falsità dei fatti e dei giudizi affermati, né un animus nocendi; purché vi sia in concreto l’elemento della “diffusione”, vale a dire della divulgazione ad un numero indeterminato di soggetti e, comunque, ad un numero sufficientemente ampio da realizzare almeno potenzialmente un discredito.

Infine, è vietato al collaboratore “compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività” del committente. Rientrano nell’ampia dizione legislativa, pertanto, tutti gli altri atti – diversi da quelli individuati dalla norma in precedenza – che siano imputabili al collaboratore e che, al pari

⁸¹¹ In tal senso anche PEDRAZZOLI, 2004, pp. 785-786, il quale ritiene, pertanto, possa essere richiamata dall’interprete la giurisprudenza formatasi intorno alla norma codicistica; nonché VISCOMI, 2004, pp. 326-327.

⁸¹² Perché, a ben vedere, il divieto in parola è destinato a limitare la libertà di iniziativa economica del lavoratore a progetto (e, quindi, un valore costituzionale) in difesa dell’iniziativa economica del committente.

⁸¹³ Contrariamente a quanto affermato nel testo, per cui oggetto del divieto sono tutti gli apprezzamenti idonei a produrre un determinato effetto concreto (ossia il discredito), altri Autori hanno preferito individuare l’oggetto del divieto in base alla sola interpretazione lessicale del termine “apprezzamento” e, così facendo, lo hanno ampliato. Cfr., ad esempio, le opinioni di VISCOMI, 2004, pp. 326-327 e di GARGIULO, 2004, p. 902.

di questi, siano potenzialmente pregiudizievoli dell'attività del committente. È sufficiente, insomma, che l'atto sia tale da determinare l'insorgere di un pericolo di danno senza che sia necessario il verificarsi in concreto dell'evento dannoso.

Così determinati gli atti e i comportamenti vietati, è possibile concludere che anche questo divieto è destinato a conservare efficacia soltanto fino alla scadenza del contratto di lavoro a progetto. Una conclusione diversa, infatti, determinerebbe un'ingiustificata lesione dei principi di cui agli artt. 3, 4 e 41 della Costituzione o, se si preferisce, costituirebbe un'illegittima compressione della libertà di iniziativa economica del collaboratore.

Quanto alle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione degli obblighi appena descritti, pare sostenibile che essa possa giustificare il recesso immediato per giusta causa del committente dal contratto di lavoro a progetto⁸¹⁴; nonché la richiesta di risarcimento del danno.

Resta da decidere se le parti del contratto di lavoro a progetto possano stipulare, anche contestualmente al contratto medesimo, un apposito patto destinato a regolare i rapporti reciproci per il periodo successivo alla cessazione del vincolo contrattuale e, in particolare, ad inibire lo svolgimento di determinate attività al collaboratore. La legge, infatti, non vieta di stipulare siffatti patti di non concorrenza, né regola in qualche modo questa ipotesi.

La questione, peraltro, non può essere adeguatamente approfondita in questa sede. In linea di massima, tuttavia, si può affermare che la delicatezza degli interessi in gioco impone soluzioni equilibrate che non tutelino soltanto una delle parti. Andrebbe pertanto approfondita la possibilità di subordinare la liceità di questi patti al rispetto delle condizioni previste da discipline applicate in via analogica, quali l'art. 2125 c.c.⁸¹⁵ (che però riguarda prestazioni di fare ricondotte ad un altro genere) o, in alternativa, all'art. 1751-bis c.c. in materia di contratti di agenzia. Quest'ultima soluzione pare preferibile sia per ragioni di ordine sistematico, data la riconducibilità dei rapporti di agenzia al medesimo genere delle collaborazioni non subordinate, cui appartengono i rapporti di lavoro a progetto, sia perché il più ridotto termine massimo di validità del patto (due anni a fronte di cinque previsti per il lavoratore subordinato), unitamente agli altri limiti, appare maggiormente compatibile con la condizione e le esigenze sul mercato di un lavoratore autonomo.

e) L'art. 65 d. lgs. riproduce, riferendola ai collaboratori a progetto, la disciplina delle "invenzioni" dettata dall'art. 2590 c.c. per i lavoratori subordinati.

Più precisamente, il d. lgs. stabilisce che "il lavoratore a progetto ha diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione fatta nello svolgimento del rapporto" (co. 1); ma il rinvio alle leggi speciali quanto alla disciplina dei diritti e degli obblighi delle parti è in questa ipotesi integrato dal rinvio all'art. 12-bis della legge n. 633/1941 e successive integrazioni e modificazioni.

Orbene, l'art. 12-bis, introdotto dal d. lgs. 518/1992 e sostituito dall'art. 3 del d. lgs. 169/1999, stabilisce testualmente che "salvo patto contrario, il datore di lavoro è titolare esclusivo del diritto di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca dati creati dal lavoratore

⁸¹⁴ *Contra*, GARGIULO, 2004, p. 906 in base al presupposto che il divieto di diffondere apprezzamenti non costituisca un'obbligazione contrattuale e, correlativamente, che l'eventuale violazione dello stesso non sia qualificabile in termini di inadempimento contrattuale.

⁸¹⁵ Così SCORCELLI, 2004, pp. 246-247; e, forse, anche ZILIO GRANDI, 2004, p. 759.

dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzione impartite dallo stesso datore di lavoro".

L'importanza della previsione non deve essere sottovalutata.

Il decreto legislativo richiama le norme speciali in materia di invenzioni e, nel fare ciò, considera "compreso" nel rinvio il disposto dell'art. 12-bis; quest'ultimo, però, è dettato in relazione – ed in considerazione – al particolare assetto di interessi e di obbligazioni derivante dal rapporto di lavoro subordinato.

La prima questione che si pone, quindi, è stabilire a quali previsioni il legislatore del 2003 intende rinviare, dal momento che – a quanto consta – non esistono norme specifiche che regolino i diritti e gli obblighi derivanti dalle invenzioni dei lavoratori autonomi.

Se, poi, valorizzando l'esplicito richiamo dell'art. 12-bis dovesse pervenirsi alla conclusione che siano applicabili le norme relative al lavoro subordinato (e, anzitutto, quelle aventi ad oggetto le invenzioni brevettate di cui all'art. 64 del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30)⁸¹⁶, sarebbe conseguente concludere che anche nel lavoro a progetto si realizzi la ratio legis sottesa a quelle previsioni.

Orbene, secondo una tesi, l'attribuzione al datore di lavoro dei diritti patrimoniali derivanti dall'invenzione si giustifica in ragione della predisposizione dei mezzi materiali che tale invenzione hanno reso possibile⁸¹⁷. Pertanto, nei limiti in cui si ritenga estesa anche ai collaboratori a progetto la medesima disciplina applicabile ai lavoratori subordinati, sarà necessario concludere che il legislatore ha considerato come normale l'utilizzazione da parte del collaboratore dei mezzi e degli strumenti messi a disposizione del committente (e, forse, anche l'espletamento della prestazione in luogo di pertinenza del committente).

Sotto il profilo prettamente regolativo, quindi, occorrerà anzitutto distinguere a seconda che l'invenzione del lavoratore a progetto sia brevettata oppure no (circostanza che determina l'applicazione delle sole previsioni della legge 633/1941).

Limitando il discorso alla prima delle due ipotesi, occorrerà concludere che anche con riferimento al collaboratore non si applicherà la regola generale che attribuisce all'inventore il diritto di brevetto nel suo contenuto pieno, bensì quella speciale che scinde il diritto morale dal diritto patrimoniale di utilizzazione del brevetto. Più precisamente, al committente spetterà il diritto di sfruttare economicamente il brevetto allorché l'attività inventiva sia oggetto del contratto di lavoro (art. 64, co. 1, d. lgs n. 30/2005); se, invece, l'attività inventiva non sia oggetto della prestazione, ma l'invenzione sia comunque fatta nell'esecuzione o nell'adempimento dell'obbligazione lavorativa, i diritti di utilizzazione economica spettano comunque al committente, ma il lavoratore ha diritto ad un "equo premio", proporzionato all'importanza di essa (art. 64, co. 2, d. lgs. n. 30/2005).

Meno coerente e giustificata, infine, è l'applicazione dell'art. 64, co. 3, d. lgs. n. 30/2005, ai sensi del quale quando l'invenzione sia fatta indipendentemente dal rapporto di lavoro ma rientri nel campo di attività del datore di lavoro, i diritti che ne derivano spettano al prestatore, ma il datore

⁸¹⁶ In termini, ma senza approfondimento, LEONE, 2004, p. 105; v. anche ZILIO GRANDI, 2004, pp. 763-764 e 770; PALLINI, 2005, § 5; *contra*, DE ANGELIS, 2003, § 5.

⁸¹⁷ AMOROSO, 1998, p. 447 ove anche ulteriori riferimenti bibliografici.

di lavoro ha un diritto di opzione per l'uso della stessa o per l'acquisto del brevetto ed il canone o il prezzo di acquisto devono essere fissati deducendo una somma corrispondente "agli aiuti che l'inventore abbia comunque ricevuti dal datore di lavoro per pervenire all'invenzione".

L'incertezza deriva dal fatto che il riconoscimento del diritto di opzione sottintende, nel caso del lavoro subordinato, che l'esperienza maturata dall'inventore alle dipendenze del datore di lavoro sia stata utile all'invenzione stessa; e, comunque, presuppone la coincidenza cronologica tra permanenza del vincolo giuridico e conseguimento del risultato inventivo.

Il problema, però, si pone diversamente nel caso della collaborazione non subordinata: perché il collaboratore si presuppone abbia maturato una molteplicità di esperienze, ciascuna delle quali destinata – anche interagendo con le altre – ad essere utile all'invenzione; e perché la coincidenza cronologica di cui innanzi può assumere rilievo soltanto nelle ipotesi di monocommittenza.

L'applicazione dell'art. 64, co. 3, d. lgs. n. 30/2005, pertanto, dovrebbe avere luogo soltanto nelle ipotesi in cui si verificano, nel caso concreto, i presupposti della disciplina dettata per il lavoratore subordinato; mentre, in tutti gli altri casi, dovrà applicarsi la disciplina generale.

f) La disciplina delle ipotesi di sospensione del rapporto è contenuta nei commi 1, 2 e 3 dell'art. 66 e, mediante essa, si può affermare che il legislatore abbia inteso dare attuazione ad alcuni fondamentali principi di rango costituzionale.

Il decreto stabilisce che la gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto – a differenza di altre eventuali ipotesi di impossibilità temporanea della prestazione dovute a fatti non imputabili al lavoratore - determinano la sospensione del rapporto, rendendo inesigibile la prestazione lavorativa e, correlativamente, non dando corso alla maturazione del corrispettivo. È appena il caso di sottolineare la differenza rispetto all'art. 2110 c.c. in materia di sospensione del rapporto di lavoro subordinato. Entrambe le disposizioni, infatti, costituiscono norme speciali rispetto all'art. 1256, co. 2, c.c.; ma, mentre l'art. 2110 c.c. attribuisce al lavoratore impossibilitato alla prestazione, per un certo tempo ed in una certa misura, il diritto a percepire la "retribuzione" o una "indennità" (in assenza di tutela previdenziale), l'art. 66, co. 1, d. lgs. 276/2003 nega la necessità di una tutela economica del lavoratore malato o infortunato o in gravidanza sul piano del rapporto giuridico sostanziale.

Sul piano pratico, affinché sia possibile il prodursi della sospensione, il lavoratore a progetto sarà tenuto a notificare al committente il verificarsi degli eventi previsti dalla norma con adeguata documentazione⁸¹⁸. Nulla è previsto, invece, circa la possibilità che il committente sottoponga a controllo il lavoratore o la lavoratrice⁸¹⁹.

Il decreto legislativo, invece, si preoccupa di stabilire le conseguenze della sospensione sul termine apposto al contratto. La regola è duplice: per un verso, "in caso di malattia e infortunio la sospensione del rapporto non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue

⁸¹⁸ In tal senso, v. circolare ministeriale n. 1 del 2004 (p. 20), che richiede, ai fini della prova dell'infermità, l'invio da parte del collaboratore di idonea documentazione scritta.

⁸¹⁹ MASSI, 2004, p. 256, esclude che dall'obbligo del collaboratore di inviare la documentazione attestante lo stato di infermità possa essere desunta l'esistenza in capo al committente del diritto di verificare la condizione di malattia attraverso le strutture sanitarie ex art. 5 della legge n. 300 del 1970; *contra*, BELLAVISTA, 2004, pp. 773-774 il quale riconosce al committente un ragionevole interesse a sottoporre a controllo il collaboratore. Data la disciplina del contratto di lavoro a progetto, tuttavia, è possibile svalutare la questione, atteso che il collaboratore ha ogni interesse a contenere il numero di assenze per malattia.

alla scadenza” (art. 66, co. 2); per l’altro, “in caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni” (art. 66, co. 3). Entrambe le norme, peraltro, fanno espressamente salva la diversa pattuizione – deve intendersi, per il tenore letterale della disposizione, più favorevole per il lavoratore – intervenuta tra le parti.

Non pare, invece, che l’autonomia individuale possa disporre in senso più favorevole al committente (ad esempio, negando il diritto alla sospensione del rapporto), perché ciò determinerebbe l’inapplicabilità di norme che – come anticipato – costituiscono attuazione di fondamentali principi costituzionali. Evidentemente, se all’esito di una più approfondita riflessione questa conclusione dovesse risultare confermata, l’inderogabilità delle norme in commento non potrebbe essere in alcun modo superata; neppure ricorrendo al meccanismo della certificazione con funzione di convalida del regolamento negoziale liberamente determinato dalle parti (ammesso che sia ammissibile la cd. derogabilità assistita dei diritti: sulla questione v., *supra*, § 4)⁸²⁰.

L’altra questione espressamente regolata dal legislatore riguarda la conservazione del vincolo contrattuale. Con una previsione che pare riferita soltanto alle ipotesi di malattia ed infortunio, il legislatore stabilisce che “il committente può comunque recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contatti di durata determinabile” (art. 66, co. 2).

Trascorso il periodo di conservazione del vincolo stabilito dalla legge, quindi, sarà il committente a valutare se ha o meno interesse a conseguire la prestazione. Se ne deve dedurre, come già sostenuto (*supra*, § 3), che la prestazione lavorativa non può che essere preordinata alla soddisfazione di un interesse durevole del committente e non al compimento di un *opus* specifico indivisibile *ratione temporis*⁸²¹. Né pare sostenibile che la *ratio* della previsione consista nel fatto che il protrarsi della sospensione menomi la fiducia del committente nella correttezza del successivo adempimento (ossia nella realizzazione dell’opera, secondo la tesi per ora più accreditata ma qui non condivisa): perché il periodo di conservazione del vincolo è estremamente breve – in entrambe le ipotesi – rispetto alla durata prevista del contratto; e perché una simile valutazione, peraltro non fondata su un evento o un comportamento imputabile al collaboratore, costituirebbe una forma di tutela eccessiva per il creditore (già tutelato, se del caso, dalle regole generali sugli inadempimenti contrattuali).

Importante è, poi, stabilire se il periodo di conservazione del vincolo debba essere riferito ad un unico episodio morboso (o ad un unico infortunio) oppure costituisca l’arco temporale massimo nell’ambito del quale possano sommarsi le assenze dovute a più cause sospensive.

La prima tesi è certamente preferibile in ragione del dato testuale, in base al quale il recesso *ante tempus* è legittimo quando “la sospensione di protrae” per il tempo fissato dal legislatore;

⁸²⁰ A tale riguardo, lo stesso Libro bianco (p. 73) evidenziava la necessità che “la legge [chiarisse] alcuni diritti fondamentali”, con particolare riferimento al diritto ad eventuali pause settimanali e annuali, e prevedesse “analoghe garanzie [...] in caso di malattia, infortunio e gravidanza”. In ogni caso, l’art. 4, co. 1, lett. c), n. 4, della legge delega ha disposto “la previsione di tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori, con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio, nonché alla sicurezza nei luoghi di lavoro, anche nel quadro di intese collettive”. Sicché ammettere la derogabilità dei diritti derivanti da queste disposizioni significherebbe attribuire a queste un significato in contrasto con i principi della legge delega. Nel senso del testo, v. anche BELLAVISTA, 2004, p. 773; *contra*, MISCIONE, 2003, p. 823 e D’ORONZO, 2004, p. 14.

⁸²¹ In termini, PERULLI, 2004, p. 93.

nell'ipotesi di più eventi sospensivi, invece, non potrebbe parlarsi di "protrazione" della sospensione, salvo il caso particolare che essi si verificino senza soluzione di continuità. Ma la seconda pare, sotto il profilo degli interessi coinvolti, più coerente con l'assetto complessivo della disciplina.

In ogni caso, pare coerente con la ricostruzione della disciplina legale così come prospettata in questa sede (e, in particolare, con l'art. 67, co. 1, d. lgs. 276/2003), ritenere che la ripresa dell'attività lavorativa alla cessazione del periodo di sospensione possa avere luogo soltanto se il committente abbia ancora interesse a ricevere la prestazione⁸²².

g) Infine, l'art. 66, co. 4, d. lgs. ribadisce l'applicabilità ai lavoratori a progetto e agli altri collaboratori non subordinati delle previsioni – già vigenti e certamente applicabili anche in assenza di esplicito rinvio – "sul processo del lavoro", sulla maternità (art. 64 del d. lgs. 151/2001); sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 5, d. lgs. 38/2000)⁸²³, sulla tutela previdenziale per la maternità e la malattia in caso di degenza ospedaliera (art. 59, co. 16, l. 449/1997 come modificato dall'art. 51, co. 1, l. 488/1999; DM 12 gennaio 2001; ai quali deve essere aggiunto, nonostante l'assenza di un rinvio esplicito, il DM 04 aprile 2002).

Più controversa è l'interpretazione del rinvio alle "norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al decreto legislativo n. 626 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, quando la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente". Il dubbio è stato posto perché, non essendo precisata la portata del rinvio, questo potrebbe essere indifferentemente riferito soltanto all'articolo 7 del d. lgs. 626/1994 (previsione di per sé già applicabile ed applicata ai contratti di appalto o di opera) ovvero all'intera disciplina del decreto (che, però, presuppone l'esistenza e l'esecuzione di rapporti di lavoro subordinato).

Salvi successivi approfondimenti della questione, al momento pare preferibile ritenere – in ragione della ratio del comma 4 dell'art. 66, ma anche della natura autonoma della prestazione dedotta in contratto – nel senso che il rinvio abbia la funzione di confermare l'applicabilità al lavoro a progetto proprio dei diritti (minimi) già previsti dal citato art. 7⁸²⁴. Tanto più che l'art. 62, lett. e, d. lgs. 276/2003, nel richiedere l'indicazione nel documento contrattuale delle "eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto", pare integrare il disposto dell'art. 7, co. 1, lett. b, d. lgs. 626/1994, che al contrario attribuisce al lavoratore autonomo il diritto ad avere "dettagliate informazioni [...] sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate" dal committente in relazione all'attività del lavoratore autonomo.

⁸²² Qualora tale interesse non sussista, tuttavia, deve ritenersi che la collaboratrice – alla quale il legislatore riconosce un diritto perfetto alla proroga – abbia comunque diritto all'intero compenso pattuito (come sostenuto da MISCIONE, 2003, p. 823).

⁸²³ *Contra*, SCIORTINO, 2004, p. 246 e LAI, 2005, p. 128, per i quali il rinvio alle "norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali" sarebbe tale da comprendere anche le norme di "tutela delle condizioni di lavoro" (così la rubrica dell'art. 2087 c.c.).

⁸²⁴ In termini, BELLAVISTA, 2004, pp. 774-775; propone un "adattamento" delle disposizioni prevenzionistiche che tenga conto della "natura nonché del grado di inserimento della prestazione nell'assetto organizzativo predisposto dal committente" SCIORTINO, 2004, p. 245; per l'applicazione integrale del d. lgs. n. 626/2004 si sono espressi LEONE, 2004, p. 109; VISCOMI, 2004, p. 325; LAI, 2005, p. 125; forse anche CASTELVETRI, 2004, p. 162.

5.1. La disciplina generale delle collaborazioni in favore delle pubbliche amministrazioni. Cenni

Come anticipato, l'esclusione dal campo di applicazione del d. lgs. 276/2003 delle collaborazioni instaurate dalle pubbliche amministrazioni comporta che ad esse sia tuttora applicabile la scarna ma stringente disciplina di cui all'art. 7, co. 6, del d. lgs. 165/2001 (nel quale è riprodotta la previsione di cui all'art. 7, d. lgs. n. 29/1993); all'art. 14, co. 2, d. lgs. 165/2001 e, per gli enti locali, all'art. 110, co. 6, d. lgs. n. 267/2000⁸²⁵.

La prima disposizione, in particolare, stabilisce che “per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche [possano] conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione”.

La norma, che codifica un principio di diritto ribadito e applicato già in passato dalla giurisprudenza contabile e amministrativa, ha evidentemente una finalità composita: per un verso, conferma che l'espletamento dei compiti istituzionali debba avvenire in via prioritaria attraverso il personale già dipendente alla p.a. (al fine di ottimizzare l'impiego delle risorse umane presenti stabilmente nelle diverse strutture organizzative ma anche di evitare un inutile aggravio di costi⁸²⁶); per altro verso, legittima l'affidamento a terzi di attività prevalentemente personali solo eccezionalmente, allorché queste possano essere organizzate autonomamente dal lavoratore e richiedano professionalità elevate che non è opportuno siano acquisite ed organizzate direttamente dall'ente.

I connotati dell'incarico sono coerenti con queste finalità.

Così l'articolo 7, co. 6, d. lgs. n. 165/2001 sancisce che l'oggetto dell'incarico debba essere stabilito in modo preciso e non generico, essendo questo un elemento fondamentale anche per controllare se il personale dipendente dell'amministrazione sia davvero privo delle competenze necessarie per svolgere quella specifica prestazione⁸²⁷.

Inoltre, la legge impone che, pur in assenza di limiti legali di durata massima, la durata dell'incarico debba essere comunque prestabilita e debba essere congrua rispetto all'oggetto dell'incarico.

Dal principio della necessaria predeterminazione della durata, poi, deriva l'illegittimità non soltanto dell'attribuzione di incarichi a tempo indeterminato, ma anche di una successione indiscriminata e non giustificata di rinnovi che, di fatto, trasformi il rapporto negoziale in un rapporto a tempo indeterminato⁸²⁸.

Il rigore della disciplina ora descritta, tuttavia, è stato di recente vulnerato da un *obiter dictum* della Corte dei Conti contenuto nella deliberazione n. 6/2005 delle Sezioni Riunite di Controllo. Infatti, nell'interpretare il comma 116 dell'articolo unico della legge 30 dicembre 2004, n. 311

⁸²⁵ Ciò non esclude, evidentemente, che le pubbliche amministrazioni e i collaboratori possano – in applicazione dell'art. 1322 c. c. – stipulare contratti rinviando alla disciplina del lavoro a progetto. Quest'ultimo schema negoziale, in altri termini, è liberamente eligibile dalla pubblica amministrazione.

⁸²⁶ C. Conti, sez. con. Enti, n. 4/1997; C. Conti, sez. con. Enti, n. 66/1997.

⁸²⁷ C. Conti Puglia, sez. giurisd., n. 200/2001; C. Conti, sez. contr., n. 30/1993; C. Conti, sez. con. Enti, n. 32/1992.

⁸²⁸ Cfr. C. Conti, sez. contr., n. 19/1992, ove si afferma che le proroghe debbano avere carattere eccezionale; in termini, Circolare Dipartimento della Funzione Pubblica 15 luglio 2004, § 2.

(ossia della legge finanziaria per il 2005), la Corte ha esplicitamente affermato che “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa sono [...] utilizzabili per le esigenze ordinarie proprie del funzionamento delle strutture amministrative”.

Orbene, il comma 116 della legge finanziaria prevede testualmente che “per l’anno 2005, le amministrazioni di cui agli articoli 1, comma 2, e 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono avvalersi di personale a tempo determinato [...] o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite della spesa media annua sostenuta per le stesse finalità nel triennio 1999-2001”.

Gli estensori della norma finanziaria, in effetti, hanno tenuto conto dell’esistenza e della diffusione sull’intero territorio nazionale di prassi consistenti nell’impegnare collaboratori (almeno formalmente) indipendenti in attività amministrative ordinarie e, data la difficoltà di controllare e reprimere giudizialmente un fenomeno sociale di simili proporzioni, hanno ritenuto di garantire l’efficacia del tetto di spesa fissato dalla legge includendovi anche quella derivante dall’instaurazione di rapporti di collaborazione. La previsione, in definitiva, con notevole pragmatismo preclude alle p.a. quella (elementare) elusione dei vincoli alle dinamiche di spesa consistente nel denominare diversamente il contratto mediante sono acquisite le prestazioni lavorative.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte dei Conti, quindi, la legge non integra il disposto normativo di cui agli articoli 7, comma 6, d. lgs. n. 165/2001 e 110, comma 6, d. lgs. 267/2000 e, conseguentemente, non fonda alcuna eccezione ai principi ivi sanciti e precedentemente ricordati.

Purtroppo, però, l’orientamento interpretativo qui criticato è stato immediatamente recepito in altre due deliberazioni: la prima della sezione di controllo ligure (21 marzo 2005, n.2); la seconda della sezione toscana (15 febbraio 2005, n. 6). Circostanza che lascia prevedere un probabile *revirement* anche delle sezioni giurisdizionali nonché una modificazione del diritto vivente politicamente e socialmente pericolosa.

Un’altra novità in materia, per quanto di minore impatto sistematico, è poi rappresentata dalla recentissima regolamentazione circa la cedibilità, la sequestrabilità e la pignorabilità dei crediti dei collaboratori.

L’articolo 13-*bis* del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80), infatti, ha aggiunto un terzo comma – numerato come “1-*ter*” – all’articolo 52 del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180.

Orbene, secondo questa previsione “i titolari dei rapporti di lavoro di cui all’articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile con gli enti e le amministrazioni di cui all’articolo 1, primo comma, del presente testo unico, di durata non inferiore a dodici mesi, possono cedere un quinto del loro compenso, valutato al netto delle ritenute fiscali, purché questo abbia carattere certo e continuativo”. La norma prosegue precisando che “la cessione non può eccedere il periodo di tempo che, al momento dell’operazione, deve ancora trascorrere per la scadenza del contratto in essere”. Infine, la legge dispone altresì che “i compensi corrisposti a tali soggetti sono sequestrabili e pignorabili nei limiti di cui all’articolo 545 del codice di procedura civile”; vale a dire tali somme possono essere sequestrate e pignorate “nella misura autorizzata dal presidente del tribunale o da un giudice da lui delegato” per crediti di natura alimentare e nella misura di un quinto per i tributi o i crediti non alimentari.

La strategia politico-economica di rilancio del credito al consumo, quindi, è perseguita riconoscendo anche ai collaboratori autonomi la possibilità di contrarre prestiti da garantire mediante la cessione dei compensi; e l'importanza delle previsioni in materia è facilmente stimabile considerando la diffusione e la tipicità sociale assunte dalle collaborazioni coordinate e continuative.

La questione essenziale, comunque, attiene alla determinazione del campo di applicazione dell'articolo 52, comma 1-ter, del decreto (come già evidenziato *supra*, § 5, lett. b).

Questo, infatti, riconosce la facoltà in discorso ai collaboratori indipendenti degli "enti" e delle "amministrazioni" elencate nell'articolo 1 del medesimo d.P.R. In questo modo, però, si riverbera anche su questa categoria di lavoratori la grave incertezza derivante dalla modificazione dell'articolo 1 avvenuta ad opera dell'articolo 1, comma 137, della legge finanziaria per il 2005 (legge 31 dicembre 2004, n. 311).

Infatti, nonostante il decreto dettasse le norme relative al sequestro, al pignoramento e alla cessione degli stipendi, dei salari e delle pensioni dei *dipendenti dalle pubbliche amministrazioni*, il legislatore del 2004 ha inserito nel testo del primo comma dell'articolo 1 – che, appunto, definiva il campo di applicazione della disciplina mediante la tecnica dell'elencazione delle pubbliche amministrazioni eroganti – un riferimento finale alle "aziende private". Secondo l'opinione preferibile, mediante questo riferimento la legge finanziaria ha surrettiziamente esteso le norme inizialmente previste per i dipendenti pubblici anche a quelli privati.

Orbene, oggi l'articolo 52, comma 1-ter, contiene un rinvio esplicito all'articolo 1 del d.P.R. precedente, però, dall'espressione "con gli enti e le amministrazioni". Si pone il problema, quindi, di capire se in questo modo il legislatore abbia inteso riconoscere la cedibilità dei soli compensi corrisposti dalle pubbliche amministrazioni (abbia cioè inteso tornare, con riferimento ai precetti in discorso, all'originario campo di applicazione del d.P.R.) oppure se quella facoltà riguardi anche i compensi corrisposti da committenti privati.

A parere di chi scrive l'opzione preferibile è proprio questa più per considerazioni sistematiche che per motivi di carattere testuale⁸²⁹. Infatti, non sussistendo alcuna ragione in grado di giustificare una diversa disciplina di questa materia a seconda della natura giuridica – pubblica o privata – di chi eroga i compensi, l'interpretazione qui proposta è l'unica conforme ai principi enucleabili dall'articolo 3 della Costituzione.

6. L'estinzione del rapporto

Il contratto di lavoro a progetto si estingue per scadenza del termine, sia stato esso fissato con riferimento ad una data precisa o *per relationem* (arg. ex artt. 62, co. 1, lett. a, e - nonostante le imprecisioni concettuali e lessicali segnalate al § 5 - 67, co. 1).

Il legislatore tace circa alcune rilevanti vicende contrattuali, quali la prosecuzione dell'attività lavorativa oltre la scadenza del termine, la proroga del termine inizialmente fissato e, infine, la rinnovazione del contratto di lavoro a progetto.

La prosecuzione dell'attività oltre la scadenza del termine pattuito (vale a dire, oltre il completamento del progetto, del programma o della fase di lavoro) è sicuramente illecita e sanzionabile,

⁸²⁹ Così, invece, FALASCA, 2005, p. 27; NUNIN, 2005, p. 616.

per ragioni di coerenza sistematica, con la conversione *ex nunc* del contratto in contratto di lavoro subordinato (arg. *ex art.* 69, co. 3).

Lecita, invece, dovrebbe essere la proroga del termine inizialmente fissato a condizione che l'attività del collaboratore si riferisca sempre al medesimo progetto, programma o fase. In altri termini, la proroga è ammissibile nei limiti in cui essa costituisca una mera conseguenza del mancato completamento del progetto, del programma o della fase nel termine inizialmente previsto o prevedibile (come confermato anche da una lettura a contrario dell'art. 67, co. 1)⁸³⁰.

Infine, sebbene non vi sia alcuna previsione che vieti la rinnovazione del contratto di lavoro a progetto⁸³¹, è evidente come essa costituisca lo strumento negoziale per eludere la disciplina che impone la durata determinata e/o determinabile del contratto (e, quindi, sia qualificabile in termini di negozio in frode alla legge)⁸³². Il rinnovo, insomma, avrebbe di per sé una causa illecita (arg. *ex art.* 1344 c.c.)⁸³³. Il problema, che purtroppo non è possibile affrontare adeguatamente in questa sede, consiste nello stabilire quali conseguenze derivino dall'accertamento della frode alla legge: la sanzione civilistica della nullità del contratto (di lavoro a progetto), infatti, è tale da danneggiare – con la cessazione del rapporto e la perdita di un'occasione di reddito – proprio il collaboratore, vale a dire la parte che dovrebbe avere interesse a far valere giudizialmente l'illeceità del rinnovo⁸³⁴.

Prima della scadenza del termine, invece, salva l'ipotesi in cui il progetto sia stato completato dal collaboratore *ante tempus*⁸³⁵, il contratto può estinguersi certamente per mutuo consenso (arg. *ex artt.* 1321 e 1372, co. 1, c.c.); ma anche per il recesso di una delle parti.

Più precisamente, il committente può recedere dal contratto allorché sia superato il periodo di

⁸³⁰ In tal senso anche VILLANI, 2005, pp. 580-581; *contra*, PALLINI, 2005, § 6.

⁸³¹ Rinnovazione da intendersi come stipulazione, una volta cessata l'efficacia del contratto originario per scadenza del termine, di un nuovo contratto di lavoro a progetto in cui sia dedotta una prestazione lavorativa analoga a quella precedentemente resa e riconducibile al medesimo progetto, programma o fase (dunque, preordinata alla soddisfazione del medesimo interesse creditorio posto a base del rapporto originario).

⁸³² Aderisce solo in parte a questa tesi, SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 44, il quale distingue a seconda che il contratto sia stato ricondotto ad un progetto, oppure ad un programma di lavoro o fase di esso. L'esclusione di rinnovo è limitata alla prima ipotesi per il carattere di originalità che contraddistingue il solo progetto, e non anche il programma o la fase; *contra*, circolare ministeriale n.1 del 2004 (p. 19), che ammette la stipulazione di successivi contratti sia per analogo progetto che per analogo programma, e, a maggior ragione, per progetti o programmi diversi. In quest'ultimo senso, in dottrina, TREMOLADA, 2005, p. 336, il quale ritiene pienamente ammissibile e legittima l'ipotesi di una serie di rapporti a progetto tra le medesime parti, pure senza soluzione di continuità e per la realizzazione di progetti dal contenuto identico, poiché la previsione *ex se* di un progetto per ciascun rapporto sarebbe in grado di assicurare la natura autonoma dello stesso, evitando in radice il rischio di comportamenti frodatori. Anzi, proprio la possibilità di tale reiterazione consentirebbe all'impresa di realizzare rapporti stabili di collaborazione anche in regime di lavoro autonomo, superando la preclusione che deriva dalla necessaria natura a termine del contratto di lavoro a progetto. Ammettono, inoltre, la rinnovabilità del contratto, LUNARDON, 2004a, p. 66; PROIA, 2004, p. 672; PALLINI, 2005, § 6. Diversa dal rinnovo del contratto è, evidentemente, l'ipotesi in cui le parti prevedano con un medesimo negozio la realizzazione di più progetti in successione tra loro. Per VILLANI, 2005, pp. 581-582, la legittimità di tale ipotesi è subordinata alla predeterminazione dei progetti e delle relative modalità di esecuzione, anche al fine di evitare nel corso dello svolgimento della prestazione eventuali ingerenze da parte del committente.

⁸³³ Opinione già contenuta nella prima versione di questo contributo e successivamente condivisa da ZOLI, 2005, pp. 84-85; e, in termini dubitativi, da ROCCELLA, 2005, p. 56; *contra*, PERSIANI, 2005, 22, il quale ritiene che "il termine possa essere prorogato o rinnovato senza condizioni e senza limiti".

⁸³⁴ BELLAVISTA, 2004, p. 779 riconosce al collaboratore una tutela risarcitoria.

⁸³⁵ L'art. 67, co. 1, infatti, identifica il momento della risoluzione del rapporto, innanzi tutto, con la realizzazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso. In termini, la circolare ministeriale n. 1 del 2004.

conservazione del vincolo nelle ipotesi di sospensione del rapporto (art. 66, co. 2); mentre entrambe le parti possono recedere in presenza di una “giusta causa” o di altra causale predeterminata dalle parti stesse al momento dell’instaurazione del rapporto (art. 67, co. 2)⁸³⁶.

Ciò che sembra certo è che il recesso rimane un atto causale, per cui le parti non possono derogare alla disciplina legislativa e pattuire una facoltà di recesso *ad nutum*⁸³⁷. Peraltro, coloro che in dottrina – forzando il dato testuale – sostengono l’opinione contraria⁸³⁸, talvolta ammettono come la propria posizione dia origine ad un’anomalia sistematica⁸³⁹; e, in un caso, l’Autore conclude perfino che l’articolo 67, così come da lui interpretato, sarebbe costituzionalmente illegittimo per contrasto con l’articolo 3 della Costituzione⁸⁴⁰.

Il testo legislativo, in ogni caso, impone di interpretare l’espressione “giusta causa” (che, come è noto, compare anche nell’art. 2237, co. 2, c.c., quale vincolo al recesso del solo prestatore d’opera intellettuale; ed è definita dall’art. 2119 c.c. in relazione al lavoro subordinato). Espressione polisensiva e sufficientemente elastica da consentire al giudice, chiamato a valutare la legittimità del recesso, un equilibrato apprezzamento delle diverse situazioni concrete e del pregiudizio che esse comportano all’interesse dedotto in contratto dal recedente.

Tuttavia, nell’interpretare l’espressione occorrerà anche considerare che essa pare consentire il recesso immediato dal rapporto. Infatti, l’art. 67, co. 2, prevede testualmente che “le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale”.

Orbene, il riferimento alle “modalità” del recesso (ed al preavviso) quali elementi liberamente disponibili dall’autonomia privata è tale da lasciare intendere che il verificarsi della causale legislativamente prevista non determini alcun diritto al preavviso. Se così è, la “giusta causa” di cui al d. lgs. 276/2003 potrebbe essere interpretata in senso analogo a quello esplicitato dall’art. 2119 c.c., come causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto⁸⁴¹; e dovrebbe essere comunque interpretata in senso restrittivo, come norma eccezionale, dal momento che non tutti gli eventi possibili nel corso dell’esecuzione del rapporto determinano, avuto riguardo all’interesse del recedente, quell’effetto.

⁸³⁶ Nota GARGIULO, 2004, pp. 902 ss., che la previsione di una stessa disciplina per il recesso di entrambe le parti presuppone la parità formale delle stesse (scelta legislativa criticata dall’Autore il quale ritiene che le posizioni sostanziali delle parti non siano paritarie). Con riferimento al recesso del committente, pertanto, la regola del recesso giustificato è eccezionale rispetto alla disciplina generale di cui agli articoli 2227 e 2237 c.c. in materia di lavoro autonomo.

⁸³⁷ In tal senso, CANNELLA, 2004, p. 729; PEDRAZZOLI, 2004, p. 825; PIZZOFRATO, 2003, p. 638; LAZZARI, 2004, pp. 50-51; FEZZI, 2004, p. 24; VILLANI, 2005, p. 584; LUNARDON, 2004a, p. 34, la quale ritiene che, essendo fissato il termine di durata del rapporto nell’interesse del collaboratore, debba considerarsi esclusa la facoltà di recedere, per entrambe le parti, *ante tempus*, salvo ricorra una giusta causa.

⁸³⁸ V. MAGNANI-SPATARO, 2004a, § 5; SANTORO PASSARELLI, 2004a, p. 44; VISCOMI, 2004, p. 328; GARGIULO, 2004, pp. 909-910; PALLINI, 2005, § 5. DE LUCA TAMAJO, 2003, § 8, invece, dichiara esplicitamente di optare per tale soluzione per mere ragioni di opportunità, per evitare un appesantimento del nuovo modello negoziale con tratti di stabilità.

⁸³⁹ PERULLI, 2004, pp. 103-104; GARGIULO, 2004, pp. 908-909.

⁸⁴⁰ Così GARGIULO, 2004, pp. 912 ss., il quale, proprio al fine di evitare la violazione dell’art. 3 Cost., propone di integrare il disposto dell’art. 67 d. lgs. con quanto previsto in materia di contratto d’opera dall’art. 2227 c.c.

⁸⁴¹ MAGNANI-SPATARO, 2004a, § 5; MASSI 2004, p. 257; CASTELVETRI, 2004, p. 167; VILLANI, 2005, p. 584; LAZZARI, 2004, pp. 51-52; *contra*, VISCOMI, 2004, p. 328.

Va da sé, poi, che – tenuto conto dell'obbligazione lavorativa dedotta in contratto - saranno qualificabili in termini di giusta causa soltanto quei comportamenti che costituiscono inadempimento o violazione di obblighi (legali o negoziali)⁸⁴².

Nel silenzio della legge, infine, resta da stabilire se le parti possano concordare al momento dell'instaurazione del rapporto clausole risolutive espresse (ex art. 1456 c.c.) e se al rapporto di lavoro a progetto sia applicabile la disciplina della risoluzione giudiziale (artt. 1453 e ss. c.c.).

Le due questioni non possono essere adeguatamente affrontate in questa sede. Per quanto riguarda la prima, comunque, la tesi negativa pare preferibile perché entrambe le parti hanno già a disposizione l'istituto del recesso per reagire all'inadempimento dell'altra parte⁸⁴³.

Più articolata, invece, deve essere la risposta alla seconda questione. Ad una prima riflessione non pare vi siano elementi per escludere la possibilità di chiedere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa (mentre la controprestazione pecuniaria, proprio per la sua natura, non è mai impossibile). Salvo successivi approfondimenti, invece, pare preferibile la tesi negativa per la diversa ipotesi della risoluzione per inadempimento (per la stessa ragione innanzi esposta a proposito della liceità di clausole risolutive espresse), mentre di rarissima verificabilità dovrebbe essere il caso della sopravvenuta eccessiva onerosità (posto che il contratto di lavoro a progetto è sempre a termine).

7. Riferimenti bibliografici

AA. VV. (1996), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma.

AA.VV. (1997), *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Cacucci, Bari.

AA.VV. (2002), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, IPSOA, Milano.

ALLEVA PIERGIOVANNI (1994), *Flessibilità del lavoro e unità. Articolazione del rapporto contrattuale*, in *Lavoro giur.*, p. 777.

ALLEVA PIERGIOVANNI (1996), *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in AA.VV. 1996, p. 187.

ALLEVA PIERGIOVANNI (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in www.cgil.it/giuridico.

ALLEVA PIERGIOVANNI (2004), *Per una vera riforma del lavoro a progetto*, in AA.VV., *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, p. 333.

AMOROSO GIOVANNI (1998), voce *Invenzioni del prestatore di lavoro*, in *Enc. diritto*, Aggiornamento, II, p. 447.

⁸⁴² LEONE, 2004, p. 111.

⁸⁴³ *Contra*, DE LUCA TAMAJO, 2003, § 8; GARGIULO, 2004, p. 907.

- BALLESTRERO MARIA VITTORIA (1987), *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e dir.*, p. 41.
- BASENGHI FRANCESCO (2004), *Il lavoro occasionale ed accessorio*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, n.1/2, p. 247.
- BELLAVISTA ALESSANDRO (2004), *Tipologie contrattuali e a progetto (artt. 67, 68 e 69)*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, p. 777.
- BELLOCCHI PAOLA (2003), *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M. T. Carinci, IPSOA, Milano, p. 188.
- BIAGI MARCO, TIRABOSCHI MICHELE (1999), *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, in *Lavoro e dir.*, p. 571.
- BORZAGA MATTEO (2004), *Le prestazioni occasionali all'indomani della l. n.30 del d. lgs. n.276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 273.
- BRINO VANIA (2003), *Il lavoro parasubordinato e coordinato*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. VI, *Lavoro autonomo*, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, UTET, Torino, p. 101.
- CAGNASSO ORESTE (1994), *Opera (contratto di)*, in *Digesto disc. priv. comm.*, vol. X, UTET, Torino, p. 326.
- CANAVESI GUIDO (2004), *Il contratto di lavoro a progetto: profili ricostruttivi e spunti sistematici*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, n.1/2, p. 217.
- CANNELLA GIOVANNI (2004), *Un (lavoro a) progetto mal riuscito*, in *Questione giustizia*, n. 4, p. 720.
- CARABELLI UMBERTO (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, n. 1, p. 1.
- CARDONI GIOVANNI (2001), *La parabola della tutela previdenziale del lavoro cd. "parasubordinato" tra incertezze normative, conflitti amministrativi e proposte di revisione*, in *Dir. lav.*, I, p. 617.
- CASTELVETRI LAURA (2004), *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 137 (ora pubblicato anche in AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, 2005, I vol., Cedam, Padova, p. 541).
- CINELLI MAURIZIO (2000), *La protezione sociale dei lavori atipici*, in *Dir. lav.*, p. 273.
- CINELLI MAURIZIO (2003), *Note sul contratto di lavoro a progetto*, in *Dir. Lav. Marche*, n. 3-4, P. 373.
- CIPRESSI PIERPAOLO (1967), *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.
- D'ANTONA MASSIMO (1989), *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, p. 43.
- D'ANTONA MASSIMO (1996), *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in AA.VV. 1996, p. 195.

D'ANTONA MASSIMO (1998), *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: rientrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in F. Amato (a cura di), *I "destini" del lavoro*, Milano, F. Angeli, p. 138 (ora in *Il lavoro delle riforme*, Editori Riuniti, Roma, 2000, p. 295, dal quale sono tratte le citazioni).

D'ORONZO VALENTINA (2004), *Primi chiarimenti ministeriali sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *Guida al lav.*, n. 3, p. 10.

DE ANGELIS LUIGI (2003), *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm.

DE FEO DOMENICO (2004), *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 647.

DE LUCA TAMAJO RAFFAELE (1997), *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 1, p. 4.

DE LUCA TAMAJO RAFFAELE (2003), *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a "progetto"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

DE LUCA TAMAJO RAFFAELE (2004), *Tra le righe del d. lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze ed ideologie*, in *Riv. it. Dir. lav.*, I, p. 521.

DE LUCA TAMAJO RAFFAELE (2005), *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 2, p. 467.

DEL PUNTA RICCARDO (2005), *Intervento*, in *Autonomia collettiva e autonomia individuale alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 228.

DELL'OLIO MATTEO (1998), *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 697.

DI MAJO ADOLFO (1990), voce *Obbligazione: I*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI.

FALASCA GIAMPIERO (2005), *Cessione del quinto per i lavoratori a termine, pensionati, parasubordinati*, in *Guida al lavoro*, n. 22, p. 25.

FERRARO GIUSEPPE (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, p. 429.

FERRARO GIUSEPPE (2004), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.

FEZZI MARIO (2004), *I contratti a progetto nella legge Biagi (d. lgs. 276/03. Alcuni dubbi interpretativi*, in *Riv. critica dir. lav.*, n.1, p. 19.

FILÌ VALERIA (2005), *Il lavoro a progetto in una pronuncia pioniera della giurisprudenza di merito*, in *Lavoro giur.*, n. 7, p. 665.

FLAMMIA ROSARIO (1997), *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, in *Mass. giur. lav.*, p. 161.

GAETA LORENZO (1998), *Contro l'unificazione tra lavoro autonomo e subordinato*, in F. Amato (a cura di), *I "destini" del lavoro*, F. Angeli, Milano, p. 123.

GARGIULO UMBERTO (2004), *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 3, p. 895.

GAROFALO DOMENICO (2004), *Statuto protettivo del lavoro parasubordinato e tutela della concorrenza*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, *Mercato del lavoro*, ES, Napoli, p. 151.

GAROFALO MARIO GIOVANNI (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 359.

GAROFALO MARIO GIOVANNI (2004), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, p. 421.

GAZZONI FRANCESCO (2001), *Manuale di diritto privato*, IX edizione, ESI, Napoli.

GHERA EDOARDO (2004), *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in AA.VV., *Du travail salarié au travail indépendant: permanence et mutations*, a cura di U. Carabelli – B. Veneziani, Cacucci, Bari, p. 47.

GHERA EDOARDO (2005), *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 193.

GHERA EDOARDO (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n.30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276*, ES, Napoli, p. 277.

GREGORIO STEFANO (1995), *La nozione di coordinamento della prestazione d'opera continuativa*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 181.

ICHINO PIETRO (1984), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano.

ICHINO PIETRO (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.

ICHINO PIETRO (1998), *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in F. Amato (a cura di), *I "destini" del lavoro*, F. Angeli, Milano, p. 54.

ICHINO PIETRO (2000), *Il contratto di lavoro*, vol. I, *Fonti e principi generali. Autonomia individuale e collettiva. Disciplina del mercato. Tipi legali. Decentramento produttivo. Differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, Trattato di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano.

ICHINO PIETRO (2005), *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giustizia civile*, II, p. 1155.

LAI MARCO (2005), *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *Dir. lavoro merc.*, n. I, p. 99.

LAZZARI CHIARA (2004), *Il lavoro a progetto fra disciplina legislativa e autonomia collettiva*, in *Dir. Lavoro Merc.*, n. 1, p. 33.

LEONE GABRIELLA (2004), *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *Riv. giur. lav.*, I, 87.

LISO FRANCESCO (2005), *Intervento*, in *Autonomia collettiva e autonomia individuale alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 254.

LISO FRANCESCO (2000), *Brevi note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in *Mass. giur. lav.*, p. 864.

LUNARDON FIORELLA (2004a), *Artt. 61-68*, in P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speciale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, IV, *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, p. 4.

LUNARDON FIORELLA (2004b), *Ai confini dell'impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *Lavoro Giur.*, n.3, p. 265.

MAGNANI MARIELLA-SPATARO SERGIO (2004a), *Il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona, n.27, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

MAGNANI MARIELLA-SPATARO SERGIO (2004b), *Il lavoro a progetto*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 418.

MAGNANI MARIELLA (2005), *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 1, p. 121.

MARAZZA MARCO (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, CEDAM, Padova.

MARESCA ARTURO (2004), *L'opinione*, in AA.VV., *Il lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in *Lavoro Giur.*, n. 7, p. 658.

MASSI EUFRANIO (2004), *Contratti a progetto: chiarimenti ministeriali*, in *Dir. e pratica lav.*, n.4, p. 251.

MAZZIOTTI MANLIO (1973), voce *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enc. diritto*, Giuffrè, Milano, XXIII, p. 338.

MENGONI LUIGI. (2002), *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, atti delle giornate di studio AIDLASS (Ferrara, 11-12-13 maggio 2000), Giuffrè, Milano, p. 3.

MEZZACAPO DOMENICO (2004), *La fattispecie "lavoro a progetto"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona, n.27, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

MISCIONE MICHELE (2003), *Il collaboratore a progetto*, in *Lavoro giur.*, n. 9, p. 812.

MISCIONE MICHELE (2004), *Collaborazioni a progetto e prestazioni occasionali nelle circolari amministrative*, in *Dir. e pratica lav.*, n.7, p. 463.

MONTUSCHI LUIGI (1998), *Un nuovo lavoro da regolare*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 694.

NAPOLI MARIO (1993), *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in *ALAR, Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 51.

NAPOLI MARIO (1995), *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. II, *Diritto del lavoro. Diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, p. 1057.

NAPOLI MARIO (1998), *Dallo statuto dei lavoratori allo statuto dei lavori*, ora in *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 21 (dal quale sono tratte le citazioni).

NAPOLI MARIO (2005), *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 9.

- NOGLER LUCA (2000), *La doppia nozione giuslavoristica di parasubordinazione*, in *Mass. giur. lav.*, p. 1024.
- NOGLER LUCA (2004), *La certificazione dei contratti di diritto del lavoro*, *Dir. lav. relazioni ind.*, n. 1, p. 203.
- NOVELLA MARCO (2004), *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, *Lavoro e dir.*, n.1, 117.
- NUNIN ROBERTA (2005), *Le novità in materia di "cessione del quinto"*, in *Lavoro nella giur.*, n. 5, p. 615.
- OPPO GIORGIO (1943), *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, p. 143.
- PALLINI MASSIMO (2005), *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona, n.70, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (1998), *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, n. 21, p. 9.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (1984), voce *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, in *Novissimo Digesto*, Appendice, V, UTET, Torino, p. 472.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (2004), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, *Introduzione*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p.657.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (2004), *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 684.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (2004), *Il contratto tipico di lavoro a progetto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 753.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (2004), *La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e dei contratti di lavoro a progetto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 772.
- PEDRAZZOLI MARCELLO (2005), *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del "lavoro occasionale"*; in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 227.
- PERSIANI MATTIA (1998), *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, I, p. 203.
- PERSIANI MATTIA (2005), *Individuazione delle nuove tipologie tra autonomia e subordinazione*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 1, p. 1.
- PERULLI ADALBERTO (1996), *Il lavoro autonomo*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano.
- PERULLI ADALBERTO (1998), *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, n. 21, p. 73.
- PERULLI ADALBERTO (2003), *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 221.

- PERULLI ADALBERTO (2004), *Il lavoro a progetto*, in AA, VV., *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura dello stesso Perulli, Giappichelli, Torino, p. 79 (pubblicato, con alcune marginali modifiche, anche in *Lavoro e dir.*, 2004, n. 1, 87 e in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, 2005, Il vol., Cedam, Padova, p. 1357).
- PESSI ROBERTO (1989), *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.
- PINTO VITO (2003), *Mercato del lavoro – il decreto di attuazione della legge delega*, parte III, in www.ildiariodellavoro.it.
- PINTO VITO (2004), *Lavoro e nuove regole. Dal Libro Bianco al decreto legislativo 276/2003*, collana Formazione ISF-CGIL, Ediesse, Roma.
- PISANI CARLO (1998), *I rapporti di collaborazione continuativa e coordinata (o parasubordinazione)*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. Carinci, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, UTET, Torino, p. 37.
- PIZZOFERRATO ALBERTO (2003; ma 2004), *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. lav.*, n. 6, p. 623.
- PIZZOFERRATO ALBERTO (2004), *Presente e futuro del lavoro a progetto*, in *Lavoro Giur.*, n.9, p. 835.
- PONARI CLAUDIO (2004), *Le nuove tipologie di lavoro autonomo: obbligazioni di durata e obbligazioni di risultato*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1 /2, p. 191.
- PROIA GIAMPIERO (2004), *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 2, 665.
- ROCCELLA MASSIMO (2005), *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, seconda edizione.
- ROMAGNOLI UMBERTO (1990), *Arriva un bastimento carico di "A"*, in *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro*, a cura di M. D'Antona, ESI, Napoli, p. 29.
- ROMEO CARMINE (2005), *Autonomia individuale e collettiva a confronto nel d. lgs. n. 276/2003*, in *Autonomia collettiva e autonomia individuale alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. di Abano Terme – Padova (22-23 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 231.
- ROPPO VINCENZO (1977), *Il contratto*, Il Mulino, Bologna.
- SANDULLI PASQUALE (1986), *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in *Trattato di diritto privato*, UTET, Torino, XV, *Impresa e lavoro*, t. I, vol. II, p. 1417.
- SANDULLI PASQUALE (1982), *In tema di collaborazione autonoma continuativa e coordinata*, in *Dir. lav.*, I, p. 247.
- SANTORO PASSARELLI G. (1979), *Il lavoro "parasubordinato"*, Franco Angeli, Milano.
- SANTORO PASSARELLI G. (2004a), *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Argomenti dir. lav.*, n.1, p. 27.
- SANTORO PASSARELLI G. (2004b), *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente attraverso il lavoro a progetto*, *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 543 (ora pubblicato anche in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, 2005, Il vol., Cedam, Padova, p. 1585).

SANTORO PASSARELLI G. (2005), *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 1, p. 95.

SCIORTINO PIETRO (2004), *La riforma del mercato del lavoro e le collaborazioni "a progetto" nella prospettiva prevenzionistica*, in *Mass. giur. lav.*, n. 4, p. 241.

SCOGNAMIGLIO RENATO (1999), *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, vol. II, Cacucci, Bari, p. 1171.

SCORCELLI RENATO (2004), *Contratto di lavoro a progetto e patto di non concorrenza*, in *Riv. critica dir. lav.*, n. 2, p. 244.

SPAGNOLO VIGORITA LUCIANO (2004), *L'opinione*, in AA.VV., *Il lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in *Lavoro Giur.*, n.7, p. 653.

SPEZIALE VALERIO, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in P. Bellocchi-F. Lunnardon-V. Speziale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, IV, *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, p. 229.

TARTAGLIONE LUCA (2003), *Il contratto a progetto nella riforma Biagi*, in *Guida al lav.*, n. 42, inserto, p. II.

TIRABOSCHI MICHELE (2003), *Il lavoro a progetto e le prestazioni occasionali*, in *Guida al lav.*, supplemento n. 4, p. 107.

TOSI PAOLO (2004), *Appalto, distacco, lavoro a progetto*, in *Lavoro giur.*, n. 3, p. 234.

TOSI PAOLO (2005), *Intervento*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Milano, Giuffrè, 261.

TREMOLADA MARCO (2005), *Intervento, Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano-Terme, Padova 22-23 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 334.

TREMOLADA MARCO (2004), *L'opinione*, in AA.VV., *Il lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in *Lavoro Giur.*, n.7, p. 654.

TREU TIZIANO (2001), *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna.

VALLEBONA ANTONIO (2004a), *La riforma dei lavori*, Padova, Cedam.

VALLEBONA ANTONIO (2004b), *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 293.

VALLEBONA ANTONIO (2005), *Intervento*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano-Terme, Padova 22-23 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 155.

VILLANI GIOVANNI (2005), *Il lavoro a progetto*, in M. Magnani e A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, p. 540.

VISCOMI ANTONIO (2004), *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. Ghezzi (a cura di) *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, p. 316.

VOZA ROBERTO (2004), *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari.

ZILIO GRANDI GAETANO (2004), *Tipologie contrattuali e a progetto (artt. 64, 65 e 66)*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, p. 755.

ZOLI CARLO (2005), *Contratto e rapporto di lavoro tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S. (Abano-Terme, Padova 22-23 maggio 2004), Giuffrè, Milano, p. 73.

La corretta definizione contenutistica del provvedimento di incarico quale condizione legittimante della valutazione della “prestazione dirigenziale”*

Edoardo Ales

Introduzione.	269
1. Adempimenti organizzativi prodromici all’adozione del provvedimento di conferimento d’incarico dirigenziale e individuazione dell’oggetto dell’incarico.	270
1.1 Individuazione e graduazione delle funzioni e delle responsabilità dirigenziali all’interno del singolo ente.	271
1.2 Pesatura economica della funzione e della responsabilità: un primo intreccio tra prerogative imprenditoriali e contrattazione collettiva.	272
1.3 Determinazione, mediante ricognizione dell’esistente, del ruolo della singola amministrazione e sua articolazione in prima e seconda fascia.	275
1.4 Programmazione della copertura effettiva del fabbisogno di personale con qualifica dirigenziale.	276
2. Funzioni degli obiettivi nella prospettiva della valutazione della prestazione dirigenziale.	279
2.1 Valutazione delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente in relazione agli obiettivi individuati da parte della direttiva annuale e da altri atti di indirizzo dell’organo di vertice (art. 19 comma 1).	279
2.2 Inserimento nel provvedimento di incarico degli obiettivi da conseguire con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall’organo di vertice negli atti di indirizzo anche come successivamente modificati (art. 19 comma 2).	280
2.3 Durata dell’incarico (altro elemento essenziale del provvedimento) correlata agli obiettivi prefissati (art. 19 comma 2).	282
2.4 Impossibilità di rinnovo in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi.	282
3. La situazione reale e alcune proposte di intervento.	284

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 35/2005

Introduzione.

Obiettivo di questo saggio è porre nel giusto rilievo il nesso intercorrente tra corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico (oggetto, obiettivi, durata) e altrettanto corretto, ancor prima che efficace, svolgimento del procedimento di valutazione della “prestazione dirigenziale” nelle pubbliche amministrazioni. Nesso, a nostro avviso, tanto scontato dal punto di vista teorico - normativo quanto negletto nell’interpretazione e sfuggente nell’applicazione correnti della peraltro non lineare disciplina legale e contrattuale dei diversi istituti giuridici coinvolti nella vicenda complessiva.

Al fine di raggiungere tale obiettivo, la prima parte di questo studio sarà dedicata ad alcuni aspetti solo apparentemente eccentrici rispetto alla tematica oggetto principale della trattazione che si dimostreranno, invece, profondamente connessi a essa in quanto in grado di fornirne il necessario inquadramento sistematico, sul piano normativo, della non facile relazione tra sfera imprenditoriale (organizzativa) dell’amministrazione e determinazione contenutistica del rapporto di lavoro del dirigente⁸⁴⁴.

Si tratta, in primo luogo, di ricostruire, in chiave sistematica, gli adempimenti prodromici all’adozione del provvedimento di incarico ovvero tutti quegli atti che le amministrazioni sono tenute a porre in essere al fine di poter legittimamente e congruamente adottare il provvedimento in questione da considerarsi, quindi, elemento conclusivo di una fattispecie complessa a formazione progressiva⁸⁴⁵.

Come cercheremo di dimostrare nelle pagine che seguono, molte delle questioni interpretative tuttora irrisolte che accompagnano lo svolgimento concreto della vicenda della dirigenza potrebbero, infatti, essere agevolmente superate se adeguatamente iscritte in un procedimento di predisposizione ordinata, da parte dell’amministrazione interessata, di tutti gli elementi necessari a configurare il provvedimento di conferimento in termini di ultimo e inevitabile tassello di un mosaico già composto, nella sua struttura portante, mediante l’esercizio delle prerogative imprenditoriali⁸⁴⁶.

Al momento attuale si assiste, di contro, sia a livello interpretativo che applicativo, a una non condivisibile tendenza alla separazione degli aspetti più strettamente connessi al rapporto amministrazione-singolo dirigente da quelli strutturali complessivi (individuazione e graduazione delle funzioni-scelta dei dirigenti) dalla cui adeguata considerazione dipende, invece, la configurazione giuridica del provvedimento d’incarico quale atto conclusivo di una vicenda organizzativa più

⁸⁴⁴ Su cui, per tutti, A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, ESI, 2000. Da ultimo, sulla tematica in generale, F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni: dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁸⁴⁵ Unica prospettiva che, a nostro avviso, consente di non perpetuare quella ormai consolidata tradizione di scritti meramente ricognitivi della vicenda dirigenziale che pongono lo studioso – lavorista o amministrativista che sia – “anni luce lontano” dalla realtà, spesso poco commendevole, della prassi. Su tale rischio da perdita di contatto, con la consueta lucidità, cfr. U. ROMAGNOLI, *Dirigenti pubblici: lo scenario politico-istituzionale per la valutazione*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, 599.

⁸⁴⁶ Per primo, sui nessi, emersi alla luce della riforma del 1993, tra organizzazione e gestione, C. RUSSO, *Poteri, responsabilità e partecipazione nel lavoro pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996.

ampia⁸⁴⁷.

Una simile indagine consentirà di corroborare ulteriormente la proposta interpretativa già avanzata in altra sede, secondo la quale l'intera vicenda del conferimento di incarico dirigenziale si articola "in una serie di fasi nelle quali si sostanzia l'esercizio da parte dell'amministrazione dei poteri imprenditoriali e datoriali"⁸⁴⁸. L'aspetto organizzativo si estrinseca, infatti, nell'esercizio di prerogative imprenditoriali a contenuto decisionale-organizzativo (individuazione e graduazione delle funzioni) ma anche attuativo (conferimento dell'incarico), tipico, di norma, delle prerogative datoriali⁸⁴⁹.

Una volta portata a termine la prospettata ricostruzione sistematica degli atti prodromici sarà possibile formulare alcune considerazioni, altrettanto rilevanti per la tematica in oggetto, circa il ruolo cruciale che lo stesso legislatore attribuisce alla predeterminazione degli obiettivi in sede di esercizio delle prerogative imprenditoriali da parte degli organi di vertice di ciascuna amministrazione e all'inserimento degli obiettivi stessi nel provvedimento d'incarico; elemento questo, non solo indispensabile nella prospettiva della corretta valutazione della "prestazione dirigenziale" (art. 21 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001), ma anche condizionante la legittimità del provvedimento stesso, in quanto considerato dal legislatore requisito contenutistico essenziale (art. 19 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001). Soltanto un esercizio adeguatamente procedimentalizzato delle già richiamate prerogative imprenditoriali da parte dell'organo di vertice può, infatti, consentire il soddisfacimento dei requisiti formali e sostanziali di applicazione della disciplina relativa agli incarichi dirigenziali vista nel suo insieme⁸⁵⁰.

Ciò che occorre evitare, in definitiva, è la considerazione decontestualizzata del provvedimento d'incarico quale atto datoriale estemporaneo, privo di nesso con l'attività imprenditoriale di organizzazione amministrativa complessiva⁸⁵¹.

1. Adempimenti organizzativi prodromici all'adozione del provvedimento di conferimento d'incarico dirigenziale e individuazione dell'oggetto dell'incarico.

Le riflessioni che seguono, oltre a collocare nella necessaria cornice organizzativa il provvedimento di conferimento di incarico, risulteranno utili a risolvere una prima questione interpretativa rilevante, inerente la definizione dell'oggetto dell'incarico che il legislatore dell'art. 19 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001 distingue dalla determinazione degli obiettivi.

⁸⁴⁷ Sul tema e sulle sue interconnessioni interne cfr. G. D'AURIA, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *LPA*, 2001, 15.

⁸⁴⁸ E. ALES, *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, 355.

⁸⁴⁹ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002, 130.

⁸⁵⁰ Ed evitare che la politica, in senso deteriore, riconquisti l'amministrazione: così G. D'AURIA, *La politica alla (ri)conquista dell'amministrazione*, in *LPA*, 853 ma anche C. COLAPIETRO, *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *NLCC*, 2002, n. 4-5.

⁸⁵¹ In questo senso già G. D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale (1998-2000)*, in *LPA*, 2001, 45. Il che non vuol dire, all'estremo opposto, considerare il provvedimento d'incarico l'atto conclusivo di un procedimento amministrativo, risultando inutile e fuorviante l'introduzione, nel ragionamento complessivo, di una sterile disputa sulla natura – privatistica o pubblicistica – degli atti di cui la fase prodromica si compone. In tal senso anche A. CORPACI, *Il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e la giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, 2003, 217, in part. 224.

1.1 Individuazione e graduazione delle funzioni e delle responsabilità dirigenziali all'interno del singolo ente.

Non vi è dubbio che il primo atto di esercizio delle prerogative imprenditoriali adottato da parte dell'organo di vertice dell'amministrazione (il ministro nel caso dei ministeri) rilevante ai nostri fini è quello consistente nell'individuazione delle funzioni dirigenziali necessarie al funzionamento a regime della struttura organizzativa, così come direttamente definita dal legislatore o dallo stesso organo di governo, e nella graduazione delle stesse secondo il livello di responsabilità ma anche e, soprattutto, di autonomia, richiesto al dirigente che a quella funzione (ufficio) verrà preposto con il provvedimento d'incarico (combinato disposto artt. 4 e 24 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001).

A esso seguirà, quale conseguenza immediata, l'atto, spesso, in concreto, il medesimo, anch'esso imprenditoriale, di individuazione di uffici "apicali" (art. 19 comma 3), generali (art. 19 comma 4) e non generali (art. 19 comma 5) che sono i soli, almeno secondo quanto si evince, *a contrario*, dal disposto dell'art. 19 comma 10, a poter essere definiti dirigenziali⁸⁵². Tali non potrebbero essere, infatti, gli incarichi (e non gli uffici, ovviamente) a contenuto non gestionale ovvero ispettivo, consulenziale, di studio e di ricerca, da ritenersi meramente eventuali in assenza della possibilità di affidare al dirigente un ufficio dirigenziale.

Assunta nella sua radicalità, tale considerazione porterebbe ad affermare l'illegittimità, di una individuazione preventiva di simili posizioni, almeno con riferimento alle funzioni di consulenza, studio e ricerca, per le quali ben potrebbero essere utilizzate o professionalità interne all'amministrazione, senza alcun bisogno di attribuire loro la qualifica dirigenziale o, in assenza di queste ultime, professionalità esterne⁸⁵³ per le quali varrebbe la stessa considerazione circa l'infondatezza dell'attribuzione della qualifica dirigenziale (arg. ex art. 7 comma 6 d. lgs. n. 165 del 2001).

A rigor di logica, infatti, un incarico dirigenziale di studio dovrebbe trovare giustificazione e ragion d'essere esclusivamente nella mancanza, all'interno dell'amministrazione al cui ruolo il dirigente appartiene, di incarichi di uffici dirigenziali e nell'esubero di personale già dotato di qualifica dirigenziale⁸⁵⁴. Nei fatti, purtroppo, molte sono le amministrazioni che si avvalgono del disposto dell'art. 19 comma 6 per conferire incarichi dirigenziali di studio a soggetti esterni. Discorso diverso, ovviamente, quello relativo all'incarico di direzione di un ufficio studi, per il quale ricorrono i caratteri della funzione di direzione e risulta necessario l'inserimento dell'atto di graduazione e individuazione degli uffici e delle funzioni.

In linea di principio, se si eccettua il caso delle funzioni "apicali" che possono essere ricoperte, per quanto concerne gli interni all'amministrazione, soltanto da dirigenti di prima fascia (arg. ex art. 19 comma 3), la fase di cui ci stiamo occupando non incide direttamente sulla composizione della dirigenza per quel che concerne la sua suddivisione in fasce (art. 23 comma 1) e la sua provenienza o meno dall'amministrazione, in quanto, sia per gli uffici generali che, in linea teorica, per quelli non generali, l'attribuzione dei relativi incarichi può avvenire, indifferentemente, sebbene nell'ambito di determinate percentuali, a dirigenti appartenenti a entrambe le fasce.

⁸⁵² Recita, infatti, da disposizione "I dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali ...".

⁸⁵³ Sull'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative nelle pubbliche amministrazioni cfr. A. Aurilio, ..., in questa Rivista, 2005...

⁸⁵⁴ Per una ricostruzione del dibattito sull'art. 19 comma 10 d. lgs. n. 165 del 2001, cfr. L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in LPA, 2002, 1005, in part. 1011.

Fenomeno, questo, che, con riferimento all'attribuzione di incarichi di uffici generali a dirigenti di seconda fascia, caratterizza molti dei provvedimenti di incarico di cui si è avuto modo di prendere visione, lasciando presupporre, da un lato, la carenza di dirigenti di prima fascia rispetto agli uffici individuati come generali e, dall'altro, il futuro, copioso passaggio di dirigenti di seconda fascia alla prima in forza di quanto disposto dall'art. 23 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001 circa il transito nella fascia superiore a seguito di cinque anni di permanenza nella stessa.

Dal che è possibile derivare la presenza di un effetto indiretto della qualificazione (si spera non troppo generosa) dell'ufficio quale generale rispetto all'incremento di dirigenti inseriti nella prima fascia.

La fase appena illustrata si presta ad alcune osservazioni relative sia alla determinazione del fabbisogno sia all'oggetto del provvedimento d'incarico.

Quanto alla prima non vi è dubbio, infatti, che gli atti appena illustrati assumono una valenza molto simile a quella di un provvedimento di programmazione del fabbisogno effettivo del personale con qualifica dirigenziale piuttosto che di una dotazione organica (teorica), in quanto l'organo di vertice è chiamato a individuare e graduare funzioni relative alla struttura organizzativa data dell'ente le quali, tutte, necessitano di adeguata copertura.

Quanto all'oggetto del provvedimento d'incarico, appare evidente che all'enucleazione delle funzioni derivante dal procedimento di individuazione e graduazione deve seguire la loro imputazione a un particolare ufficio il cui titolare, definito mediante il provvedimento di conferimento d'incarico, sarà chiamato a svolgere. In tal modo, gli atti organizzativi prodromici sin qui illustrati possono essere considerati risolutivi della questione inerente la determinazione dell'*oggetto* del provvedimento d'incarico il quale non potrà altro che coincidere con l'ufficio cui sono riconducibili le funzioni enucleate mediante il procedimento sopra descritto. Le funzioni stesse saranno, dunque, logicamente e intrinsecamente ricomprese nella nozione di oggetto del provvedimento e non potranno formare, come, invece, spesso avviene nei provvedimenti che si è potuto esaminare, l'*obiettivo* che il dirigente deve conseguire nell'ambito dell'oggetto dell'incarico.

Venendo a un esempio concreto, se tra le funzioni attribuite all'ufficio vi è quella di definire la posizione italiana all'interno di un gruppo di lavoro internazionale, questa non può essere utilizzata nella determinazione degli obiettivi connessi all'incarico, potendosi invece immaginare che l'obiettivo consista nell'*affermazione*, nell'ambito del medesimo consesso di una determinata posizione, individuata dal piano strategico adottato dall'organo di vertice di quella amministrazione nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali di indirizzo politico.

1.2 Pesatura economica della funzione e della responsabilità: un primo intreccio tra prerogative imprenditoriali e contrattazione collettiva.

In stretta connessione con l'esercizio delle prerogative imprenditoriali nella determinazione del peso organizzativo delle funzioni corrispondenti ai singoli uffici dirigenziali, il legislatore ha previsto l'avvio di una fase di pesatura economica delle stesse, attraverso la definizione di una retribuzione di posizione che costituisca la parte prevalente della retribuzione cosiddetta accessoria e che consentisse di correlare la contropartita economica dovuta al singolo dirigente alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità (art. 24 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001).

Tuttavia, quella che sembrava dover essere una prerogativa imprenditoriale esercitata unilateralmente sia pure nel rispetto della titolarità esclusiva della contrattazione collettiva del potere di

determinazione dei trattamenti economici, nel senso di banda di oscillazione minima e massima della retribuzione di posizione, ha finito, invece, per essere ampiamente sottoposta all'azione della contrattazione di comparto, la quale, nella tornata contrattuale del 2001, si è diffusamente occupata di definire i criteri in base ai quali le amministrazioni devono procedere alla graduazione, a fini economici, delle funzioni dirigenziali, criteri nella cui concreta applicazione la delegazione trattante di parte sindacale risulta essere titolare di diritti di informazione e consultazione (cfr. art. 37 comma 4 CCNL Ministeri).

Al di là dei più o meno fondati dubbi sollevati dalla soluzione in concreto adottata per dare attuazione al non del tutto lineare disposto dell'art. 24 comma 1, relativi essenzialmente alla bontà della scelta effettuata dalla delegazione trattante di parte pubblica (Aran, come noto) di considerare legittimo (e conveniente) l'esercizio negoziato (e non solo partecipato, ex art. 9 d. lgs. n. 165 del 2001) di prerogative imprenditoriali a contenuto organizzativo sia pure comportanti evidenti ricadute sulla sfera datoriale, ciò che preme sottolineare è la marcata originalità dell'approccio italiano alla materia in una prospettiva comparatistica. Tale originalità è dovuta, in buona parte, alla scelta di affidare alla contrattazione, per di più collettiva, il compito di definire la retribuzione di posizione, istituto, questo, noto a tutte le esperienze europee continentali (tra le altre, Belgio, Francia e Germania), ma, di norma, definito dal legislatore fin nei suoi minimi dettagli, almeno per ciò che concerne i criteri di pesatura della posizione e le fasce economiche all'interno delle quali inserire il singolo ufficio una volta pesato.

Ciò che sorprende, quindi, non è il nesso istaurato dall'art. 24 tra pesatura a fini economici delle funzioni e contrattazione collettiva, indispensabile per rispettare il principio generale di contrattualizzazione del trattamento economico del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, quanto l'assenza di un intervento del legislatore volto a individuare parametri uniformi attenendosi ai quali le amministrazioni di ciascun comparto avrebbero potuto procedere in via unilaterale alla pesatura, inserendo, poi, la posizione nella banda di oscillazione economica definita, nei minimi e nei massimi, dalla contrattazione collettiva.

Un simile intervento (legislativo) avrebbe consentito e consentirebbe, qualora attuato, un interessante sinergia tra disciplina eteronoma e autonomia collettiva nonché, sulla linea di quanto prodotto, ad esempio, dal legislatore belga nel 2001, l'elaborazione di un primo studio approfondito della materia da parte dello stesso legislatore o dell'esecutivo che, come avremo modo di vedere anche più avanti, si è dimostrato, invece, particolarmente restio a dotare, sia pure, volendo, per via regolamentare, le amministrazioni di una cornice d'insieme all'interno della quale gestire un fenomeno così complesso quale quello relativo alla pesatura delle funzioni.

Nel corposo allegato al decreto reale dell'11 luglio 2001, infatti, il legislatore belga, sulla scorta di quanto previsto dal Progetto *Copernicus* di riforma complessiva della funzione pubblica lanciato nel 1999, fornisce ai Servizi Pubblici Federali che, dallo stesso anno, hanno preso il posto dei ministeri, una completa griglia di valutazione composta da ben tredici criteri⁸⁵⁵, sulla base dei quali

⁸⁵⁵ Si tratta dei seguenti criteri connessi, ovviamente, alla funzione: 1) 2) Conoscenza ed esperienza richiesta dalla funzione; 3) Multidisciplinarietà della funzione; 4) Comprensione contestuale richiesta; 5) Complessità; 6) Innovazione; 7) *Leadership* e gestione delle condizioni di lavoro; 8) Interazione e gestione delle risorse umane; 9) Pianificazione e coordinamento con altre funzioni; 10) Capacità

attribuire un peso specifico (*pondération - weging*) a ciascuna delle posizioni riconducibili alle quattro funzioni in cui è strutturata la dirigenza pubblica in quell'ordinamento (*Fonctions de management - Managementfuncties*)⁸⁵⁶.

A ciascun criterio, a sua volta articolato in sotto criteri, sono collegati degli indicatori numerici (espressi in punti) minimi e massimi, la somma dei quali fornisce il peso complessivo attribuito a ciascuna posizione. Lo stesso decreto individua, poi, sette classi di inquadramento numerico a ciascuna delle quali corrisponde una determinata banda di punti, riferita, a sua volta, a un determinato trattamento economico (esempio: classe 1, da 320 a 400 punti per un trattamento economico pari a euro 64.623,91; classe 7, 900 punti e oltre per un trattamento economico pari a euro 146.224,72).

Occorre, però, sottolineare che si tratta solo in apparenza di una retribuzione di posizione nel senso in cui la intende il nostro ordinamento, in quanto il trattamento economico che deriva dal meccanismo di calcolo appena illustrato risulta essere onnicomprensivo delle voci retributive ulteriori (paga base, retribuzione di posizione parte variabile, retribuzione di risultato) conosciute dall'esperienza contrattuale italiana. Ciò in considerazione del fatto che il provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale corrispondente alla funzione pesata (*arrêt de désignation – aanstellingsbesluiten*) coincide con l'accesso alla qualifica dirigenziale nella quale il soggetto permane per sei anni, salvo rinnovo o revoca (simultanea, dell'incarico, della funzione e della qualifica) in caso di esito negativo della valutazione operata su base biennale.

Ma al di là di questa fondamentale differenza, sulla quale avremo modo di tornare più avanti, il dato significativo proveniente dall'esperienza belga che occorre sottolineare ai nostri fini, riguarda l'impegno posto dal legislatore (nel caso concreto dall'esecutivo delegato, trattandosi di un *arrêté royale*) nel definire una cornice comune a tutti i servizi federali sulla base della quale consentire un meccanismo di pesatura certo nei risultati, articolata, tuttavia, nei centri decisionali. Se, infatti, è il Consiglio dei ministri che determina la ponderazione delle funzioni di Presidente di comitato di direzione (art. 6 §1^{er}), è quest'ultimo che, sentiti i responsabili dei Servizi federali orizzontali delle risorse umane, finanziario e del controllo di gestione, provvede alla ponderazione delle funzioni di management -1 (art. 6 §1^{er}, alinea 1), mentre, alla ponderazione delle funzioni di management -2 e -3 provvedono, insieme, sentiti i responsabili dei Servizi già citati, il Presidente del Comitato di direzione e il titolare della funzione di management -1 cui i dirigenti di livello inferiore rispondono (art. 6 §1^{er}, alinea 2).

Un secondo aspetto significativo dell'esperienza belga cui vale la pena accennare è costituito dalla sincronizzazione, espressamente voluta dal legislatore delegato (art. 8 alinea 1 *arrêté royale* 11 luglio 2001), dell'entrata in vigore del provvedimento riguardante la pesatura delle funzioni e del provvedimento relativo alla nuova articolazione delle funzioni manageriali (*arrêté royale* 29 ottobre 2001). Il principio di sincronizzazione di provvedimenti di per se stessi diversi ma strettamente connessi, sul quale avremo modo di ritornare in maniera insistita più avanti, gioca un ruolo decisivo nel delicato intreccio tra organizzazione delle funzioni e gestione delle risorse umane, risultando l'unico in grado di garantire l'elevato grado di integrazione e interazione necessario al

di portare a compimento i cambiamenti; 11) Autonomia; 12) Impatto sociale delle decisioni adottate nell'esercizio della funzione; 13) Numero di collaboratori connessi alla funzione.

⁸⁵⁶ Presidente di Comitato di Direzione; funzione manageriale -1; funzione manageriale -2; funzione manageriale -3 (art. 2 *arrêté royale* 29 ottobre 2001).

contemperamento degli interessi imprenditoriali e datoriali, da un lato, e dei lavoratori, quali rimangono i dirigenti, dall'altro. Di contro, la mancanza di sincronia o, quanto meno di coordinamento, tra provvedimenti di tale natura, rende complesso un effettivo contemperamento degli interessi, finendo, a seconda dei rapporti di forza del momento, per privilegiare gli uni a discapito degli altri⁸⁵⁷.

1.3 Determinazione, mediante ricognizione dell'esistente, del ruolo della singola amministrazione e sua articolazione in prima e seconda fascia.

Come si è già avuto modo di rimarcare altrove⁸⁵⁸, peraltro in buona compagnia⁸⁵⁹, una delle modifiche meno condivisibili apportate dalla l. n. 145 del 2002 al sistema complessivo di disciplina del rapporto di lavoro della dirigenza alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è consistita nella eliminazione del ruolo unico e nella (ri)costituzione di ruoli dirigenziali per singola amministrazione⁸⁶⁰, altamente refrattari a fenomeni osmotici in considerazione del complesso meccanismo di mobilità ora previsto dal nuovo testo dell'art. 23 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001.

Se in quella sede molto si era insistito sugli effetti negativi che il venir meno del "mercato" interno delle competenze aveva prodotto con riferimento alla libera circolazione dei dirigenti tra amministrazioni diverse non solo dal punto di vista strutturale ma anche, e perché no, dal punto di vista degli approcci organizzativi e strategici, sottolineando le difficoltà del dirigente a mantenersi del tutto autonomo nella fase di realizzazione del proprio incarico a fronte di una evidente difficoltà di cambiare ruolo e amministrazione di riferimento, qui occorre porre in evidenza un ulteriore aspetto potenzialmente poco virtuoso connesso alla "chiusura" dei ruoli.

Da un punto di vista teorico, l'operazione di definizione dei ruoli di singola amministrazione risulta strutturalmente e funzionalmente connessa a quella di enucleazione e graduazione delle funzioni la quale, anzi, ne costituirebbe il presupposto se non fosse per il fatto che essa interviene, a seguito di quanto disposto dalla l. n. 145 del 2002, non su di una *tabula rasa* ma su un contesto dato, nel quale un numero *x* di dirigenti, sebbene inserito nel ruolo unico, già prestava la propria attività in favore di una determinata amministrazione. La definizione del ruolo singola di amministrazione, si è, dunque, ridotta, nella maggior parte dei casi, a una ricognizione dell'esistente che non ha consentito la necessaria e auspicabile redistribuzione dei dirigenti tra amministrazioni ma che ha, piuttosto, cristallizzato situazioni di carenza e/o di esubero e, quindi, di squilibrio⁸⁶¹.

Ciò ha favorito, come si evince dall'analisi dei provvedimenti d'incarico disponibili, il ricorso sia,

⁸⁵⁷ Ed è proprio su questa situazione di incertezza che si possono inserire i poco virtuosi meccanismi denunciati da larga parte della dottrina, di scambio tra sicurezza e fidelizzazione, indubbiamente favoriti dalla riforma del 2002, che possono, invece, essere, se non altro, disincentivati attraverso una stringente connessione tra scansione degli atti organizzativi e gestione del rapporto dirigenziale. Peraltro, sul rapporto tra enfaticizzazione degli elementi contrattuali del rapporto di lavoro del dirigente e incremento della capacità di rispondere (*responsiveness*) alle esigenze della politica, cfr. R. GREGORY, J. GRØNNEGAARD CHRISTENSEN, *Similar Ends, Differing Means: Contractualism and Civil Service in Denmark and New Zealand*, in *Governance*, 2004, 59.

⁸⁵⁸ E. ALES, *Le prerogative datoriali della dirigenza pubblica alla prova del nuovo quadro legale*, in *LPA*, 2002, 449.

⁸⁵⁹ A. ZOPPOLI, *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la «privatizzazione»?*, in *LPA*, 2002, 1038.

⁸⁶⁰ Ricostruzione attuata con il d. P. R. 24 aprile 2004, n. 108 in G.U. n. 100 del 29 aprile 2004.

⁸⁶¹ Né pare possa altrimenti argomentarsi in considerazione del riconoscimento del diritto di opzione al dirigente da parte dell'art. 5 del già citato d.P.R. n. 108 del 2004, vista la possibilità, espressamente contemplata sia dallo stesso articolo che dall'art. 4 commi 1 e 7, del verificarsi di ipotesi di soprannumero nei singoli ruoli. Un segnale positivo deve, di contro, essere colto nella scelta operata dal legislatore nell'art. 4 comma 7 del citato decreto di condizionare l'avvio di procedure concorsuali per la copertura di "posti dirigenziali vacanti" al "completo riassorbimento dei dirigenti collocati in soprannumero".

in misura prevalente, alla stipula di *contratti di lavoro dirigenziale* con soggetti esterni all'amministrazione (non potendosi qualificare, come erroneamente fanno il legislatore dell'art. 19 comma 6 e, di conseguenza, le amministrazioni conferenti, la fattispecie in esame alla stregua di un mero provvedimento d'incarico, in quanto mancherebbe il contratto individuale di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato cui l'incarico stesso dovrebbe accedere) sia, in misura fortunatamente minore, al conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti interni all'amministrazione non dotati di qualifica dirigenziale acquisita mediante le procedure di selezione previste dall'art. 28 ma, alquanto discutibilmente, "collocati in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza" (art. 19 comma 6).

Né a mitigare il giudizio fortemente negativo su quest'ultima fattispecie può valere la considerazione secondo la quale il riconoscimento della qualifica dirigenziale per detti soggetti sarebbe da considerarsi temporaneo, dato che risulta estremamente difficile pensare a un loro "pacifico" ritorno dei livelli, restando, comunque, tutta da risolvere la questione relativa al mantenimento, *ad personam*, del trattamento economico di base goduto durante il periodo di attribuzione dell'incarico dirigenziale.

Da ultimo occorre non sottovalutare l'inevitabile effetto di trascinamento, confermato dall'analisi dei provvedimenti d'incarico disponibili, dalla seconda alla prima fascia prodotto dalla stessa chiusura dei ruoli non preceduta da un adeguato innesto di dirigenti di prima fascia provenienti da altre amministrazioni e in quelle eventualmente in esubero, a seguito della graduazione delle funzioni operata in sede di articolazione degli uffici dirigenziali. L'intreccio poco virtuoso tra individuazione degli uffici apicali o generali e carenza di dirigenti di prima fascia nel ruolo chiuso di singola amministrazione produce, infatti, un inevitabile galleggiamento dei dirigenti della seconda fascia, sul quale non vi sarebbe nulla da dire se, in altri ruoli, non vi fossero dirigenti già di prima fascia potenzialmente disposti a coprire quelle funzioni.

In questa già poco esaltante prospettiva si collocano le recenti (art. 3 comma 147 l. n. 350 del 2003) disposizioni di ampliamento della misura di dirigenti di seconda fascia (70 per cento della dotazione della prima fascia!)⁸⁶² cui possono essere affidati incarichi di uffici dirigenziali generali (art. 19 comma 4 d. lgs. n. 165 del 2001), ma anche l'emersione di un approccio "necessitato" al ricorso a professionalità esterne o interne non dotate di qualifica dirigenziale, in considerazione della carenza di organico riscontrate nei singoli ruoli, ben lontano dal principio di osmosi virtuosa tra pubblico e privato che aveva originariamente ispirato la norma.

1.4 Programmazione della copertura effettiva del fabbisogno di personale con qualifica dirigenziale.

Ultimo passaggio, consistente in diversi atti prodromici imprenditoriali a contenuto organizzativo, di cui occorre dar conto prima di passare all'analisi del provvedimento d'incarico e del suo rapporto con la determinazione dell'obiettivo specifico da inserire al suo interno, è quello della programmazione della copertura effettiva del fabbisogno di personale con qualifica dirigenziale.

Tuttavia, prima di affrontare questo cruciale aspetto, risulta indispensabile chiarirne la rilevanza in termini di raccordo tra elementi organizzativi connessi all'esercizio delle prerogative

⁸⁶² Per una valutazione altrettanto critica di tale disposizione cfr. V. TALAMO, *Lo spoils system all'italiana» fra legge Bassanini e legge Frattini*, in *LPA*, 2003, 241.

imprenditoriali e elementi gestionali connessi all'esercizio delle prerogative datoriali. Se non si tengono in considerazione entrambi detti elementi, infatti, il rischio che si corre è quello di ridurre il passaggio in questione a una mera ricognizione delle funzioni enucleate e del personale dirigente in ruolo, cui far seguire una altrettanto pedissequa giustapposizione dei due dati, incrociati secondo coordinate spazio temporali casuali non governate da una logica organizzativa che può trovare solidi riscontri anche sul piano giuridico. In termini più semplici si tratta di richiamare quanto già detto con riferimento al principio di sincronizzazione degli atti imprenditoriali a contenuto organizzativo e di quelli imprenditoriali a contenuto attuativo.

Ciò vuol dire che soltanto immaginando un rapporto sincronico tra (a) enucleazione e graduazione delle funzioni, (b) attribuzione delle funzioni enucleate ai singoli uffici e loro individuazione, (c) pesatura degli uffici in termini organizzativi ed economici e (d) ricognizione dei dirigenti effettivamente in ruolo nella singola fascia si può aspirare, da un lato, a garantire l'interesse dell'amministrazione a: (α) avere un quadro completo dell'organico necessario rispetto a quello attualmente in ruolo; (β) aver definito, attraverso i necessari atti di programmazione, gli obiettivi strategici e operativi; (γ) disporre della più ampia scelta possibile tra tutti i dirigenti di prima e seconda fascia nell'attribuzione degli incarichi; (δ) ricorrere con piena cognizione di causa a tutti gli strumenti disponibili per procurarsi personale con qualifica dirigenziale con il quale coprire gli uffici individuati; (ε) selezionare in maniera adeguata gli aspiranti rispetto agli obiettivi. Dall'altro, il diritto del lavoratore assunto con qualifica dirigenziale a poter aspirare effettivamente all'assegnazione di tutti gli incarichi potenzialmente disponibili e non soltanto a quelli che, di volta in volta, si rendano liberi; diritto che, a sua volta, si trasforma in un obbligo dell'amministrazione di porsi nelle migliori condizioni possibili nella scelta, ovviamente unilaterale, del dirigente cui affidare l'incarico.

Tutto ciò al di là del principio di rotazione, espressamente eliminato dalla l. n. 145 del 2002 e difficilmente recuperabile in via interpretativa o negoziale, nonostante venga ribadito in alcuni dei regolamenti emanati sui criteri di conferimento degli incarichi.

Che si debba immaginare una sorta di "anno zero" ricorrente a cadenze prefissate in corrispondenza del quale la singola amministrazione sia chiamata a far collimare il momento della determinazione degli obiettivi strategici e operativi con la disponibilità di tutti gli incarichi individuati a seguito del complesso processo organizzativo sopra illustrato, non sembra costituire un'ipotesi sconvolgente proprio se si tiene conto della temporaneità dell'incarico⁸⁶³ e della necessaria connessione tra indirizzo e gestione per il corretto funzionamento dell'amministrazione di risultato.

D'altro canto proprio il riferimento operato dal legislatore alla verifica annuale del numero dei posti vacanti nel ruolo da coprire mediante (corso)concorso in coerenza con la programmazione triennale del fabbisogno del personale ai sensi dell'art. 39 l. n. 449 del 1997 (art. 28 comma 7 d. lgs. n. 165 del 2001), unitamente alla necessità di programmazione di bandi di concorso a livello di singolo ente che si inserisce nell'ambito del più ampio discorso sulla programmazione dei fabbisogni⁸⁶⁴, denota un interesse del legislatore stesso a dotare di un certo ordine il processo

⁸⁶³ Peraltro, di recente, specificata, dall'art. 14-sexies della l. n. 168 del 2005, tra il limite minimo di tre anni e massimo di cinque, in accoglimento delle numerose critiche mosse all'eliminazione, da parte della l. n. 145 del 2002, dell'indicazione di una durata minimo dell'incarico. Sul punto v. *infra* par.

⁸⁶⁴ Sulla quale cfr. E. ALES, *La programmazione "impossibile"? I vincoli legali ai percorsi organizzativi delle pubbliche amministrazioni nella strategia del "ridimensionamento" delle risorse umane*, in corso di pubblicazione su *Diritti Lavori Mercati*, 2005, n. 3.

organizzativo sotteso alla formulazione del provvedimento d'incarico che non può ridursi a un mero atto datoriale reso necessario dalla contingenza legata alla scadenza del singolo provvedimento per termine di durata.

Se si immaginasse, ovviamente *de iure condendo*, una soluzione in forza della quale, nell'ambito del più ampio ciclo strategico da far coincidere con la legislatura statale o regionale o con il mandato dell'organo di governo nel caso degli enti locali (né potrebbe essere altrimenti per un'amministrazione di risultati, funzionale alla realizzazione delle "politiche" definite dalla maggioranza), si procedesse non all'attuazione di un più o meno ottuso *spoils system*⁸⁶⁵ ma alla sincronizzazione dei meccanismi organizzativi e gestionali sopra decritti da riproporsi, con cadenza annuale, per ciò che concerne i risultati ottenuti e, con cadenza biennale, per ciò che riguarda gli obiettivi raggiunti, da essa trarrebbero giovamento sia le amministrazioni che i dirigenti a quel punto legittimati a pretendere la conferma dell'incarico all'esito positivo delle verifiche (risultati) e delle valutazioni (obiettivi).

Ciò consentirebbe, oltre tutto, di eliminare quelle pieghe del sistema attuale nella quali possono annidarsi scelte gestionali poco trasparenti soprattutto con riferimento al ricorso alle procedure previste dall'art. 19 comma 6. In presenza della soluzione appena prospettata, infatti, la singola amministrazione, in sede di programmazione (triennale) del fabbisogno dovrebbe motivare, nella prospettiva del buon andamento ma anche del diritto del singolo lavoratore inserito nel ruolo con qualifica dirigenziale ad aspirare a tutti gli incarichi disponibili, la decisione di ricorrere a soggetti esterni, dopo aver vagliato, secondo i parametri di scelta indicati dall'art. 19 comma 1 (attitudini e capacità professionali⁸⁶⁶ del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti), la posizione dei dirigenti del proprio ruolo che abbiano espresso la disponibilità per quella funzione (incarico). E avendo anche valutato la possibilità (o la necessità?) di attivare procedure di mobilità in favore di dirigenti appartenenti ad altri ruoli, soprattutto nel caso in cui essi siano risultati in esubero o collocati in disponibilità.

Infine, la soluzione proposta potrebbe concorrere all'eliminazione della già evidenziata pratica poco commendevole dell'assegnazione di incarichi dirigenziali di consulenza, ricerca e studio in favore di soggetti esterni, mettendone in luce l'inutilità nel contesto organizzativo complessivo dal quale potrebbe emergere soltanto la necessità di incarichi non dirigenziali a contenuto ispettivo.

Se una prima conclusione è dato trarre dalle considerazioni sinora formulate questa concerne la necessità di un intervento legislativo di riscrittura del d. lgs. n. 165 del 2001 il quale individui, in maniera chiara e lineare, un percorso operativo al cui esito ciascuna pubblica amministrazione sia in grado di conferire gli incarichi dirigenziali nell'ambito di un quadro organizzativo certo, all'interno del quale adottare, nella pienezza delle prerogative imprenditoriali e datoriali nonché nel rispetto dei diritti del lavoratore con qualifica dirigenziale, i provvedimenti necessari a soddisfare le esigenze gestionali.

⁸⁶⁵ Su cui, in senso condivisibilmente critico, F. CARINCI, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in LPA, 2002, 837.

⁸⁶⁶ Da intendere, a nostro avviso, quali competenze possedute e sviluppate dal singolo dirigente e, dunque, oggettivamente valutabili rispetto all'incarico da conferire. Per un interessante studio comparatistico sull'utilizzo della nozione di competenza nella riforma delle pubbliche amministrazioni cfr. C. HOOD, M. LODGE, *Competency, Bureaucracy and Public Management Reform: a Comparative Analysis*, in *Governance*, 2004, 313.

2. Funzioni degli obiettivi nella prospettiva della valutazione della prestazione dirigenziale.

Quanto detto sinora con riferimento al quadro organizzativo nel quale dovrebbe inserirsi il provvedimento di conferimento d'incarico, ci consente di affrontare con strumenti interpretativi più solidi un secondo nucleo di problemi che riveste una importanza cruciale ai fini del raggiungimento dell'obiettivo posto in premessa. Si tratta, infatti, di sottoporre a vaglio critico le numerose questioni connesse alle funzioni che il legislatore attribuisce agli obiettivi nella prospettiva della valutazione della prestazione dirigenziale. Occorre, peraltro, ricordare che l'intera vicenda si staglia sullo sfondo di un contesto normativo di per sé stesso non unitario ovvero sul duplice registro costituito dai dd. lgs. nn. 165 del 2001 e 286 del 1999, i quali, almeno per ciò che concerne la cosiddetta responsabilità dirigenziale, non sembrano muoversi nella stessa direzione, privilegiando, il primo, la valutazione del raggiungimento degli obiettivi (artt. 19 e 21), il secondo la verifica dei risultati (art. 5).

Come si è già avuto modo di sottolineare altrove⁸⁶⁷, il contemporaneo ma poco consapevole o, più spesso, disinvolto, utilizzo da parte dei testi normativi legali e contrattuali, individuali e collettivi, del riferimento, sovente in termini sinonimici, a risultati e obiettivi non ha giovato in alcun modo alla chiarezza del sistema il quale, proprio in considerazione del duplice registro sopra richiamato, ha finito per confondere le due prospettive e sovrapporre i momenti di verifica dei risultati (individuali del singolo dirigente) a quelli di valutazione degli obiettivi (collettivi dell'ufficio cui è preposto). Ciò in piena contraddizione rispetto alla netta distinzione, di matrice anglosassone, che può essere tracciata tra risultati (*outputs*) connessi all'attività gestionale corrente (capacità gestionali del dirigente rispetto alle risorse assegnate ex art. 5 d. lgs. n. 286 del 1999) e obiettivi ottenuti (*outcomes*) riferibili, invece, alla *performance* dell'ufficio cui il dirigente è preposto (art. 21 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001).

Occorre, tuttavia, sottolineare come neppure la chiarificazione appena proposta della distinzione tra risultati e obiettivi riesce a definire il rapporto tra autonomia e unicità della responsabilità dirigenziale per la gestione (art. 4 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001), da un lato, e rilevanza del rispetto delle direttive a fine di valutazione della prestazione dirigenziale, dall'altro (art. 21 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001). Sul punto, altamente controverso, si tornerà più avanti nel paragrafo conclusivo.

Dobbiamo ora concentrare l'attenzione, invece, sull'utilizzo da parte del legislatore nel d. lgs. n. 165 del riferimento agli obiettivi al fine di coglierne la portata prescrittiva quanto al contenuto del provvedimento di incarico.

2.1 Valutazione delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente in relazione agli obiettivi individuati da parte della direttiva annuale e da altri atti di indirizzo dell'organo di vertice (art. 19 comma 1).

Un primo riferimento agli obiettivi lo ritroviamo nell'art. 19 comma 1 nel quale il legislatore afferma che nella fase di conferimento dell'incarico occorre tener conto dei requisiti già in precedenza richiamati⁸⁶⁸ "in relazione alla natura e alla caratteristica degli obiettivi prefissati". Il che

⁸⁶⁷ E. Ales, *Valutazione dei risultati e responsabilità dirigenziale nel settore sanitario*, in C. BOTTARI, P. TULLINI, *La dirigenza sanitaria. Amministratori e lavoratori a confronto*, 2004, 153.

⁸⁶⁸ Sulla cui soggettivizzazione, cfr., in senso critico, G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie e amnesie*, in *LPA*, 2002, 213, in part. 217.

richiede, non solo, la preventiva determinazione degli obiettivi strategici nei quali è inserito l'obiettivo operativo rispetto al quale valutare le capacità del dirigente, ma anche, la determinazione, nel dettaglio di quest'ultimo, dato che risulta necessario per l'amministrazione conferente poterne apprezzare la natura e le caratteristiche. Al di là delle proposte di sincronizzazione avanzate *de iure condendo* nel paragrafo precedente, emerge qui con chiarezza la necessità, *de iure condito*, da parte del vertice politico dell'amministrazione di aver elaborato gli strumenti di indirizzo strategico in tempo utile e in forma sufficientemente analitica per procedere a una valutazione dei pretendenti non solo consapevole ma anche pienamente legittima. Se, infatti, i requisiti soggettivi devono essere considerati non in assoluto e, quindi, in astratto, ma *per relationem* e, dunque, in concreto, rispetto alla natura e alle caratteristiche dell'incarico, la predeterminazione degli obiettivi diventa un requisito di legittimità della *procedura* di conferimento dell'incarico⁸⁶⁹.

Questo ragionamento sembra trovare conferma nel riferimento operato dalla stessa disposizione alla valutazione dei requisiti soggettivi operata anche "in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati" negli atti di indirizzo (in particolare direttiva annuale del ministro), dovendo ritenere qui utilizzata l'espressione "risultato" in senso atecnico rispetto alla logica valutativa propria del d. lgs. n. 286 del 1999, a indicare, invece, il grado di partecipazione dell'ufficio - cui il dirigente in questione era stato in precedenza preposto - al raggiungimento degli obiettivi strategici complessivi dell'amministrazione, in una logica che sia avvicina, dal punto di vista lavoristico, piuttosto a quella del lavoro autonomo coordinato (a progetto) che a quella del lavoro subordinato.

Su questo e altri aspetti cruciali della qualificazione del rapporto di lavoro dirigenziale si avrà modo di tornare più avanti in sede di apprezzamento della rilevanza del requisito "prestazionale" al fine di valutare l'attività del dirigente con riferimento al buon andamento dell'ufficio.

2.2 Inserimento nel provvedimento di incarico degli obiettivi da conseguire con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice negli atti di indirizzo anche come successivamente modificati (art. 19 comma 2).

D'altro canto, mentre sarebbe scontato affermare che l'inserimento dell'obiettivo (determinato con le modalità appena illustrate) nel provvedimento d'incarico costituisce condizione di legittimità dello stesso (anche se, come vedremo, la realtà smentisce questa affermazione), altrettanto non può dirsi della specificazione, all'interno del provvedimento in questione, del nesso che intercorre tra obiettivo e livello di priorità al quale lo stesso si inserisce con riferimento agli strumenti di programmazione e indirizzo adottati dall'amministrazione conferente. Ciò a significare che nel provvedimento d'incarico dovrebbe rinvenirsi una adeguata "pesatura" *qualitativa* dell'obiettivo che potrebbe produrre conseguenze virtuose sulla determinazione della parte variabile della retribuzione, non collegata alla posizione (il cui apprezzamento è già avvenuto nel momento della graduazione delle funzioni di cui *supra*), qualora questa si riferisse al raggiungimento dell'obiettivo (da parte dell'ufficio) e non dei risultati (da parte del dirigente).

Tre ulteriori aspetti meritano, però, di essere posti in evidenza con riferimento all'inserimento dell'obiettivo nel provvedimento d'incarico.

⁸⁶⁹ Nello stesso senso, sulla scorta di una oramai consolidata giurisprudenza della Corte dei conti, G. GARDINI, *Spoils system all'italiana: mito o realtà*, in *LPA*, 2002, 953.

Il primo si riferisce alla necessità, peraltro, solo accennata nell'art. 19 comma 2, di rendere l'obiettivo "prefissato" sensibile agli eventuali mutamenti degli indirizzi strategici adottati dall'organo di vertice che dovessero verificarsi nell'arco di durata dell'incarico. Evenienza, questa, non particolarmente auspicabile dal punto di vista della ricostruzione giuridica della fattispecie, in quanto comporterebbe un mutamento *in itinere* del programma operativo dell'ufficio e del dirigente, ma impossibile da escludere in linea teorica (ma, soprattutto, pratica), laddove l'incarico raggiunga o si avvicini al limite massimi di durata previsto dal legislatore (attualmente cinque anni).

Il secondo aspetto concerne la necessità che l'obiettivo attribuito al dirigente di un ufficio apicale o generale sia sufficientemente determinato da poter essere, da quest'ultimo/a, ulteriormente scomposto al fine di costituire il contenuto dell'incarico affidato al dirigente di ufficio non generale inserito nel contesto funzionale dell'ufficio dirigenziale complesso. Anche da questo punto di vista, peraltro, la terminologia usata dal legislatore non risulta essere particolarmente coerente, in quanto, nella stessa norma attributiva delle "funzioni" dei dirigenti di uffici dirigenziali generali (art. 16 comma 1 lett. b)), non si fa riferimento al raggiungimento degli obiettivi ma, in forma esclusiva, alla "attuazione dei piani, programmi e direttive generali" definite dall'organo di vertice politico; mentre, nel periodo immediatamente successivo, correttamente si afferma che essi definiscono gli obiettivi che i dirigenti di uffici non generali devono perseguire (e non conseguire!).

Lo stesso può dirsi circa le funzioni a questi ultimi attribuite dal legislatore nell'art. 17 comma 1 lett. b), che non consistono nel conseguimento o, quanto meno, nel perseguimento degli obiettivi assegnati ma, semplicemente, nella "attuazione dei progetti e delle gestioni a essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali". Ciò a conferma del grado di indeterminatezza delle funzioni dirigenziali con riferimento alla logica dell'obiettivo, condizione che non manca di riverberare i suoi effetti contraddittori sul versante della determinazione dell'obiettivo quale elemento essenziale della fattispecie giuridica "incarico" almeno così come rigorosamente definita dall'art. 19 comma 2.

Un terzo e ultimo aspetto deve, però, essere sottolineato con riferimento alla contraddittoria prospettiva sin qui offerta dalla ricostruzione del contesto normativo ovvero quello relativo alla determinazione unilaterale dell'obiettivo quale conseguenza specifica della predeterminazione dello stesso a livello politico o dirigenziale generale. Non vi è dubbio, infatti, che la predeterminazione implichi, almeno nella declinazione radicale di cui è oggetto da parte dell'art. 19 comma 2, la totale assenza di partecipazione del titolare dell'incarico alla fase di definizione dell'obiettivo sia durante la procedura di conferimento sia in corso di svolgimento dello stesso. Ciò presuppone, evidentemente, una formidabile capacità progettuale del vertice politico, in termini di chiarezza della *mission* e di rapidità di elaborazione dell'obiettivo strategico in operativo, senza attendere l'avvio dell'attività amministrativa a esso connessa.

Anche in questo caso, peraltro, i riferimenti normativi di contorno al draconiano disposto dell'art. 19 comma 2 sembrano insinuare il dubbio di una seppur timida inclinazione del legislatore verso forme di partecipazione del dirigente se non altro alla elaborazione delle linee strategiche sotto forma di "proposte e pareri", rispettivamente al vertice politico e ai dirigenti di uffici generali, cui fanno riferimento gli artt. 16 comma 1 lett. a) e 17 comma 1 lett. a).

Come avremo modo di vedere più avanti, nella pratica, le amministrazioni hanno finito per eludere totalmente l'obbligo di inserimento (surrettiziamente sostituito dalla indicazione delle funzioni al posto degli obiettivi, a mo' di ossequio formale al dettato legislativo) imposto dall'art. 19

comma 2, privilegiando forme di definizione successiva e, spesso, “negoziata” dell’obiettivo nell’ambito di svolgimento concreto dell’attività e dell’azione amministrativa, anche in considerazione del grande ritardo nell’adozione delle linee di indirizzo politiche dalle quali l’obiettivo sarebbe dovuto derivare e cui l’incarico avrebbe dovuto dare attuazione.

2.3 Durata dell’incarico (altro elemento essenziale del provvedimento) correlata agli obiettivi prefissati (art. 19 comma 2).

Gli elementi di contraddittorietà appena evidenziati risultano ancora più eclatanti, a livello di ricostruzione complessiva, se si passa a esaminare l’ultimo degli elementi essenziali del provvedimento d’incarico ovvero la durata dello stesso. Ciò in considerazione della correlazione, ancora una volta necessaria, almeno secondo l’impostazione adottata dal legislatore (art. 19 comma 2 come modificato dall’art. 14-sexies l. n. 168 del 2005), tra durata e “obiettivi prefissati”, correlazione condizionata dai limiti minimo (tre anni) e massimo (cinque anni) posti dal medesimo legislatore. A nostro avviso, questo risulta essere uno degli aspetti più significativi della disciplina ma, al tempo stesso, maggiormente critici con riferimento allo svolgimento effettivo della vicenda, in quanto presuppone una valutazione da parte dell’organo di vertice o del dirigente di ufficio generale del tempo nell’arco del quale, ragionevolmente, l’obiettivo potrà e dovrà essere *conseguito*. Ciò escluderebbe, in radice, la possibilità di valutare la responsabilità dirigenziale in termini di *perseguimento* dell’obiettivo (come, invece, l’art. 16 comma 1 lett. b)), dovendo, invece, essere concentrata la valutazione sul *raggiungimento* dello stesso. D’altro canto questo è quanto afferma espressamente l’art. 21 comma 1 d. lgs. n. 165 del 2001.

2.4 Impossibilità di rinnovo in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi.

Tale considerazione ci porta ad affrontare l’ultimo elemento significativo inerente la predeterminazione dell’obiettivo e il suo inserimento all’interno del provvedimento d’incarico ovvero quello relativo alla rilevanza del mancato raggiungimento dell’obiettivo stesso ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale e dell’eventuale conferma (rinnovo) del medesimo incarico di cui il dirigente risultava essere titolare. Come noto, alla fattispecie in questione la l. n. 145 del 2002 equipara, almeno a fini valutativi, l’inosservanza delle direttive imputabile al dirigente, introducendo un ulteriore elemento distonico nel quadro normativo complessivo ispirato al principio del raggiungimento dell’obiettivo e, quindi, della responsabilità esclusiva del dirigente stesso rispetto all’attività gestionale (art. 4 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001)⁸⁷⁰.

Al di là delle critiche specifiche già altrove ⁸⁷¹ mosse alla novella del 2002 e che, in questa sede, non possono che essere ribadite, l’aspetto sul quale ci si intende concentrare ora riguarda, piuttosto, il ruolo del raggiungimento dell’obiettivo nella qualificazione della responsabilità dirigenziale colta nella più complessiva prospettiva della valutazione della prestazione del dirigente, soprattutto in considerazione del riferimento operato dall’art. 21 comma 1 all’art. 5 d. lgs. n. 286 del 1999 con riguardo ai sistemi e alle garanzie riferibili alla valutazione in questione. Ciò a maggior ragione tenuto conto del fatto che l’art. 5 non reca menzione degli obiettivi, se non, in forma alternativa e alquanto frettolosa, nel comma 4 ma si riferisce, invece, con una certa costanza, ai risultati, contribuendo, così, ad alimentare l’incertezza che connota l’assetto normativo della

⁸⁷⁰ Sul punto, in termini ugualmente critici, cfr. M. G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in LPA, 2002, 873, in part. 888.

⁸⁷¹ E. ALES, *Le prerogative datoriali della dirigenza pubblica alla prova del nuovo quadro legale*, in LPA, 2002, 449.

materia.

In più occorre sottolineare che la stessa rubrica della norma in questione (*“La valutazione del personale con incarico dirigenziale”*), diverge in maniera significativa da quella dell’art. 21 relativo, invece, alla quella che sembrerebbe essere una specifica e caratteristica responsabilità riconducibile esclusivamente all’obiettivo e al suo eventuale mancato raggiungimento. Considerazione, questa, contraddetta, ancora una volta, dalla lettera dell’art. 5 secondo la quale il procedimento di valutazione di cui al comma 3 “costituisce presupposto per l’applicazione delle misure di cui all’articolo 21, commi 1 e 2, del decreto n. 29, in materia di responsabilità dirigenziale” (art. 5 comma 4). Il problema concreto che si pone è quello relativo all’oggetto della valutazione, individuato, dall’art. 5 comma 1 in due distinte fattispecie che paiono essere alquanto lontane dalla logica degli artt. 19 e 21 d. lgs. n. 165 del 2001 ovvero le prestazioni e le competenze organizzative dei dirigenti. Non è un caso, infatti, che entrambi questi elementi devono essere valutati “sulla base anche dei risultati del controllo di gestione” (art. 5 comma 1) e tenendo “particolarmente conto dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione” (art. 5 comma 2), il che lascia supporre un’attenzione volta essenzialmente a cogliere gli aspetti inerenti l’attività amministrativa piuttosto che l’azione del singolo ufficio e del suo contributo alla realizzazione della *mission* complessiva dell’ente.

La correlazione della logica “prestazionale” adottata dall’art. 5 con la prospettiva di obiettivo dell’art. 21 e, quindi, 19 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001, rischiava di creare e, infatti, ha creato, un pericoloso cortocircuito tra aspetti collegati alla considerazione del dirigente quale singolo lavoratore (subordinato) sottoposto a valutazione per la prestazione correntemente svolta giorno per giorno (verifica almeno annuale dei risultati prodotti) e aspetti connessi, invece, alla *performance* complessiva dell’ufficio cui il dirigente è preposto mediante il provvedimento d’incarico (in qualità di lavoratore autonomo coordinato, sembrerebbe affermare il d. lgs. n. 165 del 2001), finendo per far risultare prevalenti, nei sistemi di valutazione adottati dalle singole amministrazioni sulla scorta di quanto previsto dalla contrattazione collettiva, i primi sui secondi.

Di questa prevalenza, tuttavia, nel d. lgs. n. 165 del 2001 non risulta esservi traccia, non potendo essere considerati decisivi il già richiamato riferimento tecnico contenuto nell’art. 19 comma 1 e la rubrica dell’art. 20.

Il problema, dunque, deve essere posto in termini differenti, relativi alla strutturazione del trattamento economico del dirigente cui abbiamo avuto modo di accennare anche in precedenza. L’impressione che si ha, infatti, è di una sovrapposizione di piani indotta dal non ponderato riferimento operato dall’art. 21 all’art. 5 d. lgs. n. 286 del 1999, il quale, a sua volta (comma 1) contiene un esplicito invito alla coerenza con “quanto stabilito al riguardo dai contratti collettivi nazionali di lavoro” al fine di costruire i sistemi di valutazione delle prestazioni e delle competenze organizzative dei dirigenti.

In questo caso la necessità di coordinare il sistema di valutazione complessivo dell’attività e dell’azione amministrativa con quello relativo alla prestazione lavorativa del singolo dirigente, da cui derivare i parametri di definizione del trattamento economico di quest’ultimo, ha creato non poche difficoltà legate, in larga parte, alla mancanza di un quadro legale affidabile e di una riflessione teorica adeguata sul punto. Fermo restando, infatti, che “la retribuzione del personale con qualifica dirigenziale è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite e alle connesse

responsabilità", la contrattazione collettiva che si è occupata anche di sistemi di valutazione della prestazione dirigenziali ha operato in maniera tale da esaltare la prestazione del singolo dirigente e non dell'ufficio cui esso era preposto. Scelta, questa, comprensibile dal punto di vista della garanzia della misurabilità della produttività individuale del lavoratore ("premio per la qualità della prestazione individuale", ex art. 40 CCNL 2001 dirigenti Area 1)⁸⁷², ma poco rispettosa dell'esigenza di valutare il dirigente rispetto alla *performance* complessiva dell'ufficio, come, invece, sembra richiedere l'impianto complessivo dell'art. 19.

Certamente occorre non sottovalutare l'esplicito riferimento ai "risultati conseguiti nell'attività amministrativa e di gestione" operato dall'art. 24 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001, nella determinazione degli istituti del trattamento economico accessorio, a conferma della necessità di valutare *anche* questo fondamentale aspetto della prestazione dirigenziale, nel quale, però, non si esaurisce la considerazione della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 che, anzi, quanto a modalità di apprezzamento, sembra dovere essere del tutto distinta. Né in soccorso della soluzione adottata dalla contrattazione collettiva può venire l'enfasi posta sulla retribuzione di posizione, almeno nella sua fisiologica prospettiva, in quanto essa dovrebbe servire a rendere conto del peso attribuito al singolo ufficio (valutato *ex ante*) e non dell'avvenuto raggiungimento o meno dell'obiettivo (da valutare *ex post*).

A parziale conclusione del ragionamento si qui condotto crediamo sia necessario segnalare come alla presenza di un nucleo normativo fortemente orientato a riconoscere nel conseguimento dell'obiettivo prefissato e inserito nel provvedimento d'incarico una rilevanza centrale (art. 19 e 21 d. lgs. n. 165 del 2001) corrisponda una evidente carenza di strumenti di effettiva valorizzazione di detta logica nella prospettiva della valutazione della responsabilità dirigenziale, spesso ridotta a verifica della prestazione individuale del dirigente. Questa situazione sembra essere derivata da una serie di fraintendimenti che coinvolgono in maniera rilevante la correlazione tra valutazione e remunerazione dell'azione della dirigente e che hanno indotto a far prevalere un approccio individualistico e "prestazionale" che mal si concilia con l'orientamento espresso dal nucleo normativo sopra richiamato. Ciò a meno di non ritenere che il raggiungimento dell'obiettivo risulti rilevante ai soli fini della conferma dell'incarico già affidato.

D'altro canto, mentre appare evidente e, forse, comprensibile, la ritrosia della contrattazione collettiva a utilizzare la logica dell'obiettivo a fini valutativi della prestazione dirigenziale, giacché essa comporterebbe una, peraltro a nostro avviso inevitabile, dilatazione dell'obbligazione assunta con il contratto di lavoro subordinato al raggiungimento dell'obiettivo affidato al dirigente in quanto responsabile esclusivo dell'ufficio cui è preposto a seguito del provvedimento d'incarico, non si può, invece, giustificare e accettare la mancanza di coerenza della disciplina legale nel suo complesso.

3. La situazione reale e alcune proposte di intervento.

Quanto detto da ultimo e, di volta in volta, nei paragrafi precedenti sull'attuale situazione relativa

⁸⁷² In fin dei conti si tratta della medesima scelta operata sia dal legislatore tedesco nel 1997 e tentata dal legislatore francese di recente (2002) con l'introduzione di forme di retribuzione legate alla prestazione gestionale individuale. Sull'esperienza tedesca cfr. E. ALES, *La riforma della dirigenza pubblica nel prisma del metodo comparatistico*, in LPA, 2002, 975; per quella francese il Rapporto Silicani, reperibile in www.ladocumentationfrancaise.fr. Infine, su quella britannica, cfr. Gius. DELLA ROCCA, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o «broad banding»: l'esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in LPA, 2003, 271.

ai provvedimenti d'incarico sinora adottati dalle amministrazioni del comparto Ministeri ed Enti pubblici non economici che si è avuto modo di vagliare, ci consente ora di concentrare l'attenzione su di un aspetto a nostro avviso cruciale ed emblematico dell'intera vicenda come sin qui ricostruita ovvero l'estrema difficoltà di predeterminazione dell'obiettivo operativo da inserire nel provvedimento d'incarico del singolo dirigente nei termini temporali richiesti dall'art. 19 comma 2.

Dall'analisi incrociata dei sistemi di valutazione adottati dalle singole amministrazioni e dei contenuti dei provvedimenti d'incarico (di uffici generali e non) per ciò che concerne la sempre presente clausola rubricata "Obiettivi", deriva la chiara impressione che l'enunciazione, spesso enfatica, delle funzioni al posto della determinazione dell'obiettivo serva, da un lato, a garantire il rispetto formale del draconiano disposto dell'art. 19 comma 2, dall'altro, a consentire l'apertura di una vera propria fase "negoziale" di individuazione dell'obiettivo operativo tra organo di vertice e dirigente di ufficio generale e tra quest'ultimo e dirigente di ufficio non generale. Fase che, però, ha inizio in un momento successivo a quello della determinazione della durata dell'incarico, effettuata nel provvedimento formale, che, dunque, risulta essere del tutto priva di correlazione con il peso dell'obiettivo stesso⁸⁷³.

Nonostante ovviamente ed evidentemente *contra legem*, la prassi invalsa deve far riflettere sulle difficoltà che le amministrazioni incontrano nella predeterminazione contenutistica del provvedimento d'incarico. Riprendendo quanto detto nel paragrafo iniziale, non vi è dubbio che un concreto ausilio potrebbe venire dall'adozione della proposta di sincronizzazione degli atti organizzativi con quelli gestionali. Ciò consentirebbe, almeno in linea teorica, di risolvere il problema connesso alla sfasatura temporale tra elaborazione dell'atto di indirizzo e adozione dell'atto di gestione, stimolando anche lo sviluppo di un'adeguata capacità progettuale (di *policy*) da parte della singola amministrazione e dell'intero esecutivo.

Un ulteriore ausilio potrebbe venire da una modifica legislativa che dovrebbe, però, coinvolgere sia la valutazione dei requisiti soggettivi "in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi (prefissati)" sia l'aspetto della unilateralità della predeterminazione sia, ovviamente, la determinazione della durata dell'incarico attualmente definita, come visto, in correlazione "agli obiettivi prefissati". Analogamente a quanto previsto dalla già richiamata esperienza belga (*arrêté royale* 29 ottobre 2001, art.), si dovrebbe, pertanto, procedere a un ripensamento "copernicano" dell'assetto attuale, in forza del quale: (a) la valutazione dei requisiti soggettivi verrebbe operata non con riferimento all'obiettivo operativo ma a quello strategico complessivo predeterminato nella direttiva annuale; (b) l'obiettivo operativo sarebbe definito di comune accordo sulla base di un progetto di piano di gestione e di piano operativo elaborato dal titolare dell'ufficio e sottoposto all'approvazione del vertice politico o del dirigente di ufficio generale; (c) la durata dell'incarico sarebbe predeterminata in modo uniforme dalla legge, quale che sia la rilevanza dell'obiettivo, il cui grado di raggiungimento verrebbe valutato con cadenza fissa.

Le conseguenze di un simile intervento si potrebbero così sintetizzare con riferimento a ciascuna modifica: *sub* (a) ulteriore rafforzamento della discrezionalità del vertice nella scelta del dirigente,

⁸⁷³ Per una curiosa eterogeneità dei fini si è, di fatto, riproposta l'enfasi sulla determinazione negoziale degli obiettivi la cui sostituzione con l'atto unilaterale di incarico aveva costituito uno degli elementi ispiratori della riforma del 2002, nel timore che la contrattualizzazione dell'obiettivo consentisse al dirigente di opporsi alla modifica in itinere dell'obiettivo stesso da parte del vertice politico: così C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in *LPA*, 2002, 927, in part. 934.

a fronte della perdita del riferimento oggettivo costituito dall'obiettivo operativo concreto; *sub* (b) formalizzazione della corresponsabilizzazione del dirigente nelle scelte strategiche dell'amministrazione con imprevedibili conseguenze in termini di ampliamento della fattispecie della responsabilità dirigenziale; *sub* (c) perdita di qualsiasi parametro oggettivo di valutazione della congruità tra obiettivo atteso e tempo a disposizione del dirigente per realizzarlo.

A ben vedere, si tratta di tutte le conseguenze (negative) di fatto prodotte dalla sostituzione al sistema previsto dalla legislazione vigente della prassi applicativa descritta la quale risulta di possibile e non contenziosa applicazione esclusivamente in ragione dell'assenza di un reale e consequenziale meccanismo di valutazione del raggiungimento o meno dell'obiettivo cui si è sovrapposto un modello di verifica dei risultati "prestazionali" e gestionali.

Subsidiarity in old-age security in the enlarged European Union*

Maciej Zukowski

Introduction	288
1. Terminology	288
1.1 The origins: Roman Catholic Thought	288
1.2. Subsidiarity - contemporary interpretations	288
1.3. Vertical subsidiarity	289
1.4. Horizontal subsidiarity	290
1.5. Concluding remarks	290
2. Horizontal subsidiarity in old-age security in the enlarged EU	291
2.1. Old-age security between person, society, market and state	291
2.2. The EU-15	292
2.3. The new member states	293
3. Vertical subsidiarity in old-age security in the enlarged EU	297
3.1. Old-age security on various levels of government	297
3.2. The competences so far: central governments of member states plus coordination	297
3.3. The enlarged EU	298
4. The future of subsidiarity in old-age security in the enlarged EU	298
4.1. Changes in scale and structure?	298
4.2. OMC and subsidiarity	299
4.3. Europeanizing old-age security?	299
5. Conclusions	300
6. References	300

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 68/2005

Introduction

This paper discusses old-age security, consisting in Europe mainly of general social pension systems, in the light of subsidiarity. Main focus is on the consequences of the last Enlargement by ten, primarily Central and Eastern European countries. They have brought into EU partly different experiences of old-age security which may have some importance for EU as a whole.

Both horizontal and vertical subsidiarity are discussed. Although subsidiarity is clearly a normative concept, the approach here tries to be as positive as possible. The aim of the paper is to analyze the situation so far, possible arguments and perspectives.

The paper starts with a discussion of terminology. The next two sections deal with both dimensions of subsidiarity in the area of old-age security in the EU: horizontal and vertical subsidiarity. Both sections have similar structure: start with some conceptual introduction, then discuss situation in the EU before Enlargement and finally consequences of accession of the new member states. The fourth section is about the future of old-age security in the EU in the light of subsidiarity.

Most issues of this broad topic can only be touched here.

1. Terminology

1.1 The origins: Roman Catholic Thought

The principle of subsidiarity has its origins in Roman Catholic thought, and was developed in the Encyclical “*Rerum Novarum*” of 1891 by Pope Leo XIII. The principle is based upon the autonomy and dignity of the human individual. All other forms of society, from the family to the state and the international organizations, should be in the service of the human person. The principle emphasizes the importance of small and intermediate-sized communities or institutions, like the family, the church, and voluntary associations. A higher-ranked community should undertake an initiative only if the smaller community cannot solve the problem. The state (government) is an “instance of last resort”. It should, however, as well as other intermediate-sized communities, create conditions necessary to the development of the individual.

The principle was originally developed as a “middle course” between laissez-faire capitalism on the one hand and the various forms of totalitarianism, which subordinate the individual to the state, on the other.

1.2. Subsidiarity- contemporary interpretations

There are at present various meanings and interpretations of the term “subsidiarity”. Subsidiarity is usually considered in two dimensions: vertical/ horizontal and negative/positive (table 1).

Table 1 Dimensions of subsidiarity

<i>Dimensions of subsidiarity</i>	Vertical subsidiarity	Horizontal subsidiarity
<i>Subject</i>	Distribution of powers among different levels of government and sovereignty: the EU, national states, regions and municipalities	Responsibility and freedom of human beings as well as social and economic powers (relations between state, society and market)
Negative subsidiarity	The central government (or an international organization like the EU) should not take action unless the government at a lower level (or a member state) cannot solve the problem or it is more effective to do it at the higher level.	The state should not violate freedom and individual responsibility (in both society and the economic sphere), which must be respected in a maximum degree.
Positive subsidiarity	The government at a higher level should support the government at a lower level in fulfilling its functions.	Support must be given by a “superior power” whenever freedom and individual responsibility do not suffice for the achievement of ends necessary for the dignity of human beings

Source: Author, based on Curzio 2003.

1.3. Vertical subsidiarity

Much more often, and in the context of the EU almost exclusively, the concept of vertical subsidiarity is discussed. It is useful to distinguish two levels of vertical subsidiarity: the first concerns relations between an international organization, like the EU and its member states, the second is about relations of different levels of government in one country.

The EU Glossary states that “the subsidiarity principle is intended to ensure that decisions are taken as closely as possible to the citizen and that constant checks are made as to whether action at Community level is justified in the light of the possibilities available at national, regional or local level. Specifically, it is the principle whereby the Union does not take action (except in the areas which fall within its exclusive competence) unless it is more effective than action taken at national, regional or local level” (Glossary: Subsidiarity).

(Vertical) subsidiarity has been formulated since the Treaty of Maastricht in the EU law. Article 9 of the new European constitution states: “Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence the Union shall act only if and insofar as the objectives of the intended action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level” (Constitution 2003).

When relations between different levels of government within a country are subject of analysis, vertical subsidiarity is especially applied in the context of federal states, concerning the division

of powers and responsibilities between the federal and regional (state, provinces etc) governments. In this meaning vertical subsidiarity is an equivalent for federalism (in economics mainly developed as fiscal federalism). The issues where a given competence should be located are, however, relevant also to non-federal states with regional structures of government.

Both levels of vertical subsidiarity: between (say) EU and member states, and between various levels of government in one country, are interrelated. Subsidiarity is about whether a given competence is (should be) located at the EU level, at the central (federal) government level of member states, or at a regional (local) level of member states.

1.4. Horizontal subsidiarity

Horizontal subsidiarity is a much less known concept. It is neither present in the EU law nor in the glossaries, where under subsidiarity only vertical subsidiarity is understood. This does not mean, however, that the problems which are described with the term are new. One could even argue that some crucial questions raised by horizontal subsidiarity, especially relations between state and market, are a central issue of many disciplines, including economics. The problems are there described under different labels, e.g. "public-private mix".

The principle of horizontal subsidiarity has been recently introduced in the Italian Constitution. Horizontal subsidiarity is an enlargement of the subsidiarity concept. "This enlarged vision of subsidiarity obviously implies a new vision of public management, which can be defined "shared administration" (Active Citizenship 2003).

Also at the EU level, horizontal subsidiarity has in reality developed very substantially recently. The internal European market has created a new kind of economic freedoms and increased competition. This has also important consequences for social security.

1.5. Concluding remarks

Subsidiarity is related to some other principles. Because of the lack of space only two are shortly mentioned here. In the EU law (including Constitution) it is the principle of proportionality ("the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Constitution", Constitution 2003).

In a broader sense, the other crucial principle both in the construction of the EU as well as for every society is solidarity (Curzio 2003). It could also be argued that one of the crucial issue facing contemporary social security systems is to realize both solidarity and subsidiarity.

The concept of subsidiarity is still open to different interpretations. Especially the horizontal subsidiarity is a rather vague term. Sometimes it is seen as a complete opposition to the "state versus market" question: "The EU is the outcome of an alliance between the state and the market (implying an institutionalization of individualism), while horizontal subsidiarity implies a societal citizenship, completely different from the dyadic (State-Market) model (Active Citizenship 2003)".

In the above citation, horizontal subsidiarity has a strong normative meaning. Subsidiarity is indeed a normative concept. In this paper however, a more positive approach to the issues is attempted. Taking the vertical subsidiarity as an example, the main question here is therefore *not*: "What should the relations between various levels of government and between the EU and member states be?" The article tries to answer what the relations are like at present, how they can change, and what arguments exist for and against changes?

Taking into account that in old-age security horizontal subsidiarity seems to be both the traditional and indeed very modern fundamental question (without using the term explicitly), we will start with this issue.

2. Horizontal subsidiarity in old-age security in the enlarged EU

2.1. Old-age security between person, society, market and state

In the following, the term “*old-age security*” is broadly understood as all regular sources of financing consumption in old age. There can be different “producers” of old-age security, including the individual, saving for his/her old age, a given community, organizing for example a support fund, market, for example insurance companies or banks, and state, organizing a social security system. In this sense, horizontal subsidiarity has always been present in old-age security, as it has always been delivered by these various “actors”. What has changed throughout the history of social security, is the relation of those various sources. It has remained one of the crucial issues in debates on pension reforms in the world and will be discussed further in this paper. Whatever the source and whatever the design, every pension system is a mechanism for organizing claims on future production (Barr 2002).

There are two quite separate questions to be answered in every old-age security system, both related to horizontal subsidiarity. The first, about scale, is how big should the obligatory system be, and how much should be left to voluntary provision by the person, to his/her own responsibility. The second, rather technical question, is about structure: who should deliver the obligatory pensions, should they be publicly or privately provided, financed on the pay-as-you go basis or be funded (Barr 2001). Public-private mix mostly describes only the second issue. However, from the point of view of horizontal subsidiarity, the first question is equally important. Principle of horizontal subsidiarity suggests that the state should not violate freedom and replace responsibility of people for their old age, neither by delivering public pensions nor imposing obligation on people to participate in a private system.

The traditional *economic argument for state involvement in organizing pensions* have been negative external effects of non-insurance. People who choose not to insure for their old age will have to rely on others in financing their consumption in old age, thus imposing external costs on the rest of society. In this sense, an obligatory pension system can be seen as a protection of society against shortsightedness or deliberate “free rider behaviour” of a minority. In fact, this is an argument for an obligatory system, not necessarily organized by the state. Secondly, it can be a justification only for a pension system which guarantees only a minimum protection.

Economic arguments which traditionally have been raised in favour of state involvement in some other social areas, like health, not always concern pensions. The strong development of state role in pension systems can thus be more attributed to equity than to efficiency arguments (a classical presentation of efficiency and equity arguments for social policy – see Barr 1998).

However, this statement underestimates the problems with information. They can be a justification of a larger state pension system and of an important role of the state in organizing and supervising private provision for old age. The welfare state in this sense not only fulfills its “Robin Hood” function, through poverty relief, redistribution of income and wealth, and the reduction of social exclusion. It also has the “piggy-bank” function: ensuring mechanisms for insurance and for redistribution over the life cycle (Barr 2001).

The economic arguments for or against state involvement in social policy can indeed be seen as an excellent example of principle of subsidiarity, although the term is not used. Where the markets are efficient, state should not intervene for efficiency reasons, and the distributional objectives are generally best achieved through income transfers. However, where the assumptions of an efficient market allocation do not hold, state intervention is justified, both for reasons of efficiency and equity. (Barr 1998, 2002).

What is the place of *society* in old-age security? Originally, family protected its members in old age. Today, such “informal systems of old-age support” are the only source of protection in old age for many people in poor countries (World Bank 1994). However in developed countries family now plays a minor role in supporting financially its members in old age.

In the history of social security, an important role has also been played by collective action of groups facing the same risks and organizing “self support” (e.g. friendly societies). Now, the role of such provision is relatively small. There is relatively little “society” in pensions, and the main role is played by dichotomy: state – market which is also typical for economics. Society has been largely absent from the discussion. If the horizontal subsidiarity is understood as implying a societal citizenship (see section 1.5), there is little horizontal subsidiarity in pensions at present. However, here the increasing role of market in delivering old-age security is seen as an increasing role of horizontal subsidiarity in pensions.

Another aspect of horizontal subsidiarity is also self-government, typical for social insurance.

2.2. The EU-15

There is the well known *diversity* of structures and solutions in old-age security systems in the EU-15 (MISSOC 2004, Council of the European Union 2003). This is also related to the vertical subsidiarity: the fact that social security systems, including their major branch: pension systems, are clearly in the competence of the member states (see section 3.2).

There is therefore no *European Social Model* if common solutions are understood under this term. However, EU countries have in common that it is the state which plays the major role as pension provider. In every country of EU-15 state pensions are the biggest item in the structure of their multitier systems.

It is thus the structure, the market-state division that makes the difference between Europe and, for example, USA. The scale, i.e. total net social protection expenditure, covering both public and obligatory private expenditure, is of a similar level throughout the industrialized world (European Commission 2004, p. 53). Its share in the GDP is at the level of 24.5 % in the USA, 24.4 % in Denmark or 22.3 % in Italy.

Of course, as there is no one European Social Model, the situation in various countries differs. As data from the first Joint Report on Pensions of 2003 demonstrate, for example in Austria only some 10 % of insured in social insurance have earned right to an occupational pension and only 2 % of current pensioners receive an occupational pension. On the other hand, in the Netherlands 91 % of all employees belong to a pension system of the second tier, and 83 % of pensioners households receive an additional pension (Council of the European Union 2003, pp. 31-32).

The data show that in many European countries the scale of obligatory pension systems has become that large throughout the development of social security that it has replaced personal

responsibility for old age. Both elements: large scale of obligatory systems and the state dominance, suggest that there is relatively little horizontal subsidiarity in old-age security in Europe.

2.3. The new member states

As the focus of this paper are new member states of the enlarged EU, the presentation in this paragraph will be somewhat more comprehensive than it was the case with the relatively much better known situation in the EU-15.

Pension systems in the countries of Central and Eastern Europe have a long *tradition*. The different legacies from the time before the Second World War as well as differences in circumstances under socialism have led to differentiation of pension systems in these countries (on the “socialist legacy” see Voirin 1994, Schmähl and Horstmann 2002).

The fundamental thing in common in those countries was however the fact that pension benefits were in principle provided entirely by the state. The market in pensions, as in other areas of social policy, was non-existent.

Using the 3 tiers model of describing the present old-age security systems, the 10 can be divided into two groups (table 2). Five new EU-member states have introduced a *structural pension reform*: a mandatory second tier of the pension system: Hungary (1998), Poland (1999), Latvia (2001), Estonia (2002) and Lithuania (2004). The remaining countries can be labeled “*parametric cases*”: Cyprus, Czech Republic, Malta, Slovakia, Slovenia.

Table 2 Scale and structure (tiers) of old-age security in the 10 new EU member states in 2002

Country	Contribution in obligatory system for employees: Type and rate (% of wages)	Ceiling on obligatory contribution	1 st Tier Social security	2 nd Tier	3 rd Tier
Cyprus	Social insurance contribution 16.6%: Employees: 6.3% Employers: 6.3% Government: 4%	Ceiling: about 1.8 times average national wage and salary	Earnings-related	Voluntary occupational pension schemes (public sector)	Individual provision
Czech Republic	Global social insurance contribution 26%: Employees: 6.5% Employers: 19.5%	No ceiling for employees; ceiling for self-employed	Earnings-related with flat-rate component	Voluntary pension funds	Individual provision
Estonia	Social tax – part for pension insurance: 22%: Employees: 2% Employers: 20%	No ceiling on social tax	Flat rate plus earnings-related	Obligatory pension funds	Individual provision
Hungary	Pension insurance contribution 34% (both tiers):	Ceiling on contribution from employees (both pillars):	Earnings-related	Obligatory pension funds	Voluntary pension

	Employees: - First tier 8 % (if only in 1 st) or 2% - Second tier: 6% Employers: Only first tier: 18%	about 2.0 times average national wage and salary. Employers: no ceiling			funds and other
Latvia	Global social insurance contribution: 35.09%: Employees: 9% (if in 2 nd tier: 2% channeled to it) Employers: 26.09%	Ceiling on global social insurance contribution: around 8-9 times average national wage and salary	NDC	Obligatory pension funds	Private pension funds and other
Lithuania	Pension insurance contribution: 25%: Employees: 2.5% Employers: 22.5%	No ceiling for employees; ceiling for self-employed	DB social insurance with a flat-rate component	Obligatory pension funds (to start 2004)	Private pension funds and other
Malta	Social insurance contribution 30%: Employees: 10% Employers: 10% State: 10%	Ceiling: about 1.5 times average national wage and salary	Earnings-related	No	Individual provision
Poland	Old age insurance contribution (both tiers): 19.52%: Employees: 9.76% Employers: 9.76%	Ceiling: 2.5 times average national wage and salary	NDC	Obligatory pension funds	Occupational pension programmes or individual provision
Slovakia	Pension insurance contribution 28%: Employees: 6.4% Employers: 21.6%	Ceiling: around 2.5 times average national wage and salary	Earnings-related	Voluntary supplementary pension funds	Individual provision
Slovenia	Pension insurance contribution 24.35%: Employees: 15.5% Employers: 8.85%	No ceiling for employees; ceiling for self-employed	Earnings-related	Voluntary individual and collective pension schemes	Individual provision

DB: defined benefit

NDC: notional defined contribution

Source: Author, based on GVG 2003a,b,c; MISSCEEC 2002; EUROSTAT 2003; partly own estimates.

As always in such comparisons, this is a simplification. For example, in Slovakia “earnings-relation” is extremely, but in Hungary only slightly regressive.

In both Mediterranean new EU member states old-age security is clearly dominated by the state. “The pension system in Cyprus is almost entirely public”. “There exists no second pillar pension system in Malta, by which workers would contribute towards a retirement fund. In the same manner, there exist no occupational pension schemes...” (GVG 2003a).

The majority of the 8 former socialist countries has changed the public-private mix in pensions

dramatically. This has led to a conclusion that “we can observe more convergence between the transition economies than it is possible to identify among current EU member states” (Pellny and Horstmann 2003, p. 250).

One of the explanations of the fact that more new than old member states have introduced a radical (or “paradigmatic”: Holzmann et al., eds., 2003) pension reform can be the socialist legacy of the first. They “have undergone a profound ideological shift” (Holzmann, MacKellar, Rutkowski 2003, p.10). The partial privatization of the old-age security in some of the countries may be seen as one of the results of that shift. It is an attempt to accelerate the developments which in Western European countries took several decades: development of market (and funding) in pensions. The aim was also to increase savings and growth, to catch up with the old EU (Holzmann, MacKellar, Rutkowski 2003, p.10).

There are again differences between the countries, concerning the depth, form and instruments of the reform. To understand the situation better, it seems useful to present country studies. One parametric case (Czech Republic) and one example of structural reforms (Poland) will be now presented. For the reasons of space, only some crucial elements will be demonstrated. The focus will also be on the public-private mix and the horizontal subsidiarity issue (on details see Schmähl and Horstmann 2002; GVG 2003 a, b, c, d; Schmähl 2003; Fultz 2003).

The case of the Czech Republic

There has been a series of important changes in old-age security in Czechoslovakia since 1989 and afterwards, after the separation of both parts in 2002, in the Czech Republic, without however breaking with the long-standing tradition of a social insurance system (see Potoucek 2001 on general overview of developments in social security after 1989 and Tomes et al. 2003 on the developments in the pension system).

The main changes between 1989 and 1992 included removing of inequalities in pension rules and starting regular indexation. In 1993 social insurance contributions were introduced. In 1994 new voluntary supplementary pension funds were introduced, one of the first in the region. Contributions of the insured were subsidized by the state. 44 funds were created, their number was reduced to 11 by 2002. Over 2.5 million people are now insured (50 per cent of the labour force). “By supplementing the mandatory pension system by a voluntary one the idea that people should take care of their future needs was successfully emphasized” (Tomes et al. 2003, p. 44).

In 1995 a “parametric” pension reform was realized. It tied pensions to periods of insurance, increased retirement age, and introduced a new two-tier pension formula (flat rate plus earnings-related). In 1999 a limited tax advantage to the supplementary pension funds was introduced. In 2001 some further changes into social insurance were introduced, aiming at encouraging later retirement.

In the opinion of the prominent Czech expert, „the pension system is adequate with regard to income security in old age for the low-income groups, but not for the middle and upper income groups... The intergenerational distribution is on European average level but if sustainability of the system is to be maintained, it will grow out of any proportion” (Tomes et al. 2003, p. 37).

The present old-age security system in the Czech Republic is thus clearly public and highly redistributive (a regressive pension formula, no ceiling on contributions). There has been however also

an important private element introduced, on a voluntary basis, subsidized by the state.

The case of the Czech Republic clearly differs from the regional pattern of structural reforms with partial privatization (like in the neighbouring countries Poland and Hungary). However, as the financial sustainability of the system has not been secured by the previous reforms and the deficit of the social insurance is growing, the discussion on the future direction of old-age security in the Czech Republic continues. The options include also introduction of obligatory pension funds (Laursen 2000; Lasagabaster et al. 2002).

The case of Poland

As other countries of the region, Poland has a long-standing tradition of social insurance, influenced originally by German and Austrian patterns. The state old-age pension system inherited from socialist era in 1989 was almost the only source of old-age security.

In the first period after 1989 some parametric changes were introduced into the system, like new pension formula and indexing mechanism. Also, extensive earlier retirement possibilities were introduced which was intended to decrease pressure on labour market in the face of rapidly growing unemployment. Due to increase of pension level, incomes of retirees have been relatively protected in this difficult time, but financial situation of pension system deteriorated.

After several unsuccessful attempts, in 1996-1998 a major pension reform concept under the title *"Security through Diversity"* was worked out (on details see Zukowski 2003). The reform aimed both at solving structural problems of pension system and was influenced by macroeconomic considerations. The new system, completely different from the old, started in 1999. People after 50 years of age at 1 January 1999 stayed in the old system and all the pensions granted now and in next years will be based on previous rules. All the younger were covered by the new rules. However, those between 30 and 50 had one year to decide whether to join also the second pillar or to stay wholly in the new first one (in both cases the total contribution is the same). The youngest, under 30 in 1999, were fully covered by both pillars of the new system.

The new system consists of two obligatory parts ("pillars"). The first one is an NDC system, based on Swedish or Latvian model. The second are privately managed fully funded competing pension funds, based on Latin American models. The reform thus means partial privatization of old-age security (an excellent analysis of pension privatization in the whole region and comparison to Latin America - Müller 2003).

This has been a clear shift from state to the market, a new public-private mix has been introduced. Of course, the state has an important role to play in the second pillar even if it has left direct provision to the market companies. However, also the overall scale of the system has changed only slightly. Now, people earning more than 2.5 times national average do not have to pay contributions on income above the ceiling. Until the ceiling however the freedom of a person is reduced only to the choice of a pension fund. This should be considered when analyzing the Polish case as apparently moving clearly into the direction of subsidiarity. No elements of self governance have been introduced into the system either.

Fundamental pension reform like in Poland, similar to those in some other CEECs raises interesting questions for the future of old-age security in Europe (see section 4).

3. Vertical subsidiarity in old-age security in the enlarged EU

3.1. Old-age security on various levels of government

Old-age security is a broad concept. It may consist of many tiers (pillars) organized on various levels and with different scope, ranging from employees of one company until all citizens or residents of a country. Clearly, various elements can (and should) be organized locally. There is thus certainly a case for vertical subsidiarity in the old-age security within a state. A special issue are pension systems in a federal state.

As far as the main elements of old-age security systems is concerned, that is the general obligatory system, organized by the state, it seems to be a clear case for a national (federal) system. Theory of fiscal federalism seems to support such conclusion (an excellent essay on fiscal federalism: Oates 1999). Such a system can make use of economies of scale, of spreading risks on a larger scale. It has also one crucial advantage: it does not hinder mobility of people – an argument raised now even on a higher level – for a supranational system (see section 4.3).

3.2. The competences so far: central governments of member states plus coordination

Two issues should be raised when considering vertical subsidiarity in old-age security in the EU-15. First is about division of public responsibilities in that area within member states. The second is about the relations of competences between member states and EU.

In the EU-15 central governments have clearly the main competence in old-age security, especially in its main element: social security. Old-age security is probably one of the most centralized social systems. However, especially in federal states, certain division of powers between federal and regional governments does exist. An example may be administration of pension insurance in Germany. Decentralization of old-age pensions in federal states is subject of a separate presentation at this conference.

As far as the second issue of vertical subsidiarity is concerned, social security in general, and old-age security in particular, belong to the areas, where policy decisions are taken at the national, and only some at EU level (a recent survey on the whole issue of relationship between the member states and the EU: Dashwood 2004). Old-age security is a competence of the EU member states. In a survey on relations between EU and member states in various areas, Longo (2003) locates “social welfare”, together for example with health, among those areas where only some political decisions are taken at EU level.

The main competence of the EU in the area of social security, including old-age security, is the “classical” coordination of social security system. This competence is following directly from the original competence in free movement of persons. The system of coordination may be seen as an excellent example of (vertical) subsidiarity: every member state is responsible for its own social security system, and the EU only solves problems which go beyond the borders of the member states and can more effectively be solved at the Union’s level.

This is a well known picture of division of powers in social security. However, it may be somewhat different if we understand old-age security broader, and not only as obligatory public social security systems, as is often the case in the EU. In areas important for functioning of private and funded pension systems, competences of the EU are stronger than in social security. “Competition” has been classified as an area in which decisions are taken at both national and EU level,

and “capital flows” as such in which mostly policy decisions are taken at EU level (Longo 2003).

As long as old-age security remains publicly organized and with little elements of markets, it will stay in the competence of the members states. However, both internal problems of sustainability of pension systems as well as external influences under globalization can rather lead to increasing role of market and competition in that sphere, and as a consequence, to increasing role of the EU (see section 4.3).

3.3. The enlarged EU

Old-age security systems are centralized in new member states. This can be explained by history of half century of highly centralized political systems, by the fact that no single new EU member is a federal state and also by the fact that most of the “new” are small countries (half of the “new”: Malta, Cyprus, Estonia, Slovenia and Latvia have population below 2.5 million). But also in the largest country Poland with population 38.6 million the whole old-age security is highly centralized, in the competence of national government.

Positions of the new member states on division of powers in the EU are as different as they are in the “old” EU. “The positions taken by representatives of governments and national parliaments at the European Convention show that divergences in the EU integration process do not occur between new and older member states (or between “new and old Europe” representation), but following sovereign interests of each particular country” (Franck and Pyszna-Nigge 2003, p. 4).

The new member states are similar to the old under many respects, but on a quite different level of income and welfare. This may lead to higher migration and as a result to an increase of problems with realization of free movement in the era of globalization. In this way Enlargement may facilitate change in competences concerning pensions in the EU, as may also accession of countries with new, market-oriented old-age security systems, where competences of the EU are stronger.

4. The future of subsidiarity in old-age security in the enlarged EU

4.1. Changes in scale and structure?

Interestingly, much more often the structure of old-age security is discussed than its scale. However, taking horizontal subsidiarity as starting point, the scale is exactly the main issue, i.e. how large the obligatory system (imposed by the state) should be, whether publicly or privately provided and how much can be left to the individual. Old-age security could rely more on responsibility of individuals and on societal action. New EU member states are not necessarily good examples as far as the scale of obligatory systems is concerned. In order to accelerate development of market and funding in pensions and reach all the expected objectives they opted for obligatory funded systems which did not change the scale of old-age security.

They may be however a good example of a new structure of old-age security, based on a new public-private mix. Seen sometimes as a danger to European Social Model (Vaughan-Whitehead 2003) they may also be seen as a chance to facilitate expected reform (Holzmann et al. 2003). New conditions (demography, labour market, society, mobility, globalization) require new solutions in pension design (Augustinovics 2002). Both NDC, introduced in some of the countries both in the old and the new EU and the obligatory pension funds, mainly a CEEC’s solution, may be examples of good practice for others, as a good answer to new conditions and challenges

(Holzmann 2004). These are however not the only options, as given objectives in a pension system may be reached by variety of solutions (Barr 2002), also by a package of carefully designed changes (European Commission 2004) which are labeled as “parametric” mainly by proponents of radical reforms.

4.2. OMC and subsidiarity

A reference to the principle of subsidiarity is appearing in every document on open method of coordination, including OMC in pensions. This issue will only be mentioned very briefly here as this is a separate topic at the conference.

OMC seems to be a reasonable way both to achieve progress in an area which lies in competences of member states and fully respect these competences. The High Level Group states that the OMC takes an intermediate position in the whole range of available methods, from a mere inter-governmental cooperation to harmonization. “The strength of the open method of co-ordination is based on the fact that it encourages co-operation at European level to bring about structural reform in policy areas for which Member States remain entirely responsible” (European Commission 2004, p.72).

Accession of 10 new member states will make the whole process even more complicated and may in this way rather further strengthen the subsidiarity in old-age security. Such position is supported by the rather sceptical assessment of OMC by proponents of a more radical (“paradigmatic”) change. For them, OMC is insufficient because it is thought to be very slow, unlikely to lead to a comprehensive reform, but rather to parametric reforms, and “the method will not create a vision for a pan-European reform” (Holzmann, MacKellar, Rutkowski 2003, p.12).

4.3. Europeanizing old-age security?

What is the future of vertical subsidiarity in old-age security in the EU after Enlargement? If diversity has been a crucial obstacle to harmonization or “Europeanizing” of social policies so far (Scharpf 2002), now, when the differences have grown further, both as far as the welfare level as well as institutional structure are concerned (see section 2.2), a harmonization seems even less likely. But would it be desirable?

Feldstein (2001) has argued that the governments of the EU member states face a double problem in dealing with the future of the social security pension systems. Like in many other countries around the world, they must deal with the rising cost of pensions due, especially, to the aging of the population. But an extra problem also exists in the EU: pension systems should not be an obstacle for labour mobility. Feldsteins develops a solution to this double problem: an NDC system plus an “investment-based system of individual accounts”.

Holzmann (2004) uses similar arguments to Feldstein, but on a broader basis of demographic, social and economic changes. He is in favour of working towards a Pan-European pension structure which could both help to solve internal problems of pension systems as well as create less problems for mobility between countries with different structures of old-age security systems. This suggested structure is a “multi-pillar system, with a non-financial (or notional) defined contribution (NDC) system at its core, and coordinated supplementary funded pensions and social pensions at its wings”. The author points to the fact that some of the new EU member states already have such a desired structure of the old-age security. But: does it really call for a bigger role of EU (thus an issue of vertical subsidiarity) or rather for a more similar structure, including

more market and thus an issue of horizontal subsidiarity? Holzmann finds an approach initiated and led by EU Commission not likely and suggests instead a cross-country led government approach.

However, even if changes increasing the role of funded, private systems in the EU come “from below”, that is from the member states more than “from above”: the Union level, they may eventually lead to more Europeanizing of this field through the economic competences of the Union (see section 3.2). The accession to the Union of countries where the processes of moving old-age security systems in the directions “market” and “competition” have been partly even more developed may accelerate the process.

5. Conclusions

Questions like “How much responsibility should a person have for own old age?”, “How much market, why and how much state should be in old-age security?”, “What are (should be) the relations between society, market and (different levels of) state in old-age security?” have always been crucial in analysis of this field. These are issues of subsidiarity in old-age security, although they have been extremely rarely discussed under this label. The first conclusion is thus that subsidiarity seems to offer an attractive approach to deal with old-age security.

However not much discussed either, the EU Enlargement 2004 may have an influence on both horizontal and vertical subsidiarity in old-age security systems in the EU.

As far as horizontal subsidiarity is concerned, some of the new member states have brought into EU a different structure of their obligatory systems, partly more market in delivering pensions, although not necessarily more personal responsibility for old age.

On the vertical subsidiarity, diversity and migration, to increase due to Enlargement, may strengthen the case for more Europeanizing of that field, but on the other hand make it even more difficult. However, modernization in the sense of moving old-age security in the direction of market and competition may increase the competences of the EU in old-age security.

The Enlargement may thus influence both modernization and Europeanizing of old-age security in the European Union.

6. References

Ahonen, Pertti (1995) ‘Elephant in the porcelain store: delegitimation tendencies in the welfare state’ in Kirsi Stenvall (ed.) *Welfare and State*, Research Institute for Social Sciences, University of Tampere, pp 9-28.

Anand, Sudhir and Sen, Amartya, (2000) “Human Development and Economic Sustainability” in *World Development*, Volume 28, No. 12, pp 2029-2049.

Andersen, A.K (1999) *Modelling commuting and residential location-spatial interaction models in Location and Commuting*, Ph. D thesis, Institute of Economics, University of Copenhagen.

Andersen, Anne Kang (2002) ‘Are Commuting Areas Relevant for the Delimitation of Administrative Regions in Denmark?’, *Regional Studies*, Volume 36.8, pp 833-844.

Anderson, Benedict (1991) *Imagined Communities*, Revised Edition, Verso, New York.

- Anderson, Ross J (2001) *Security Engineering*, Wiley, New York.
- Bagnasco, A. (2001), 'Trust and Social Capital', in K. Nash and A. Scott (eds.), *The Blackwell Companion to Political Sociology*, Blackwell, Oxford.
- Begg, I and Berghman, J. (2002) 'EU Social (Exclusion) Policy Revisited?', *Journal of European Social Policy*, 12 (3), 179-194.
- Bhaduri, Amit, (2000) *Nationalism and Economic Policy in the Era of Globalisation*, UNU-WIDER Working Paper 188, Helsinki, July.
- Black, Jim Nelson (1996) *When Nations Die*, Marion Meyer, New York.
- Bjornskov, Christian and Svendsen, Gert Tingaard (2002) *Why Does the Northern Light Shine so Brightly?*, Department of Economics, Aarhus School of Business, Working Paper, Denmark.
- Casado-Diaz J.M. (2000) 'Local Labour Market Areas in Spain', *Regional Studies*, Volume 34 (9), pp 843-856.
- Cerny, P. (1999) 'Globalisation, governance and complexity', in A. Prakash and J.A. Hart (eds.), *Globalisation and Governance*, Routledge, London.
- Coombes M.G, Green A.E and Openshaw S (1986) An efficient algorithm to generate official statistical reporting areas, *Journal of Operational Research Society*, Volume 37, pp 943-953.
- Daly, Mary (2003) 'Governance and Social Policy' in *Journal of Social Policy*, 32 (1) pp 113-128.
- Dasgupta, Partha, (1993) 'The commodity basis of well-being' in *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Clarendon Press, Oxford.
- Esping-Andersen, Gösta (2002) *Why we need a new welfare state*, Oxford University Press.
- Guillen, Ana M and Bruno Palier (2004) 'Does Europe matter? Accession to EU and social policy developments in recent and new member states', *Journal of European Social Policy*, Volume 14(3), pp 203-209.
- Haveri, Arto, Laamanen, Elina and Majoinen, Kaija (2003) *Kuntarakenne muutoksessa?* (in Finnish), Suomen Kuntaliitto, Helsinki.
- Heidenreich, Martin (2003) 'Regional inequalities in the enlarged Europe', *Journal of European Social Policy*, 13(4), pp 313-333.
- Kajanoja, Jouko and Simpura, Jussi (2000) *Social Capital-Global and Local Perspectives*, Government (eds.) Institute for Economic Research, Helsinki.
- Maas, Arthur (1959) *Area and Power: A Theory of Local Government*, Free Press, Glencoe, Illinois.
- Mathur, Ajeet (1995) 'The Improbability of Full Employment' an invited contribution to the preparatory set of papers for the Heads of Governments' Social Summit, Copenhagen, March 11-12, in Mihaly Simai (ed.) *The Future of Work* (Volume II, pp 154-177), Zed Books.
- Mathur, Ajeet (2001) *Are Finland's Local Communities Sustainable Without Internationalisation?* Series A3:35, University of Tampere.
- Mathur, Ajeet, Ryynänen, Markku, and Nystedt, Arne (2003) *Communities at Risk*, Tampere University Press.

- Matthan, Annikki and Jacob, (1994) Handbook for Survival in Finland, Findians Oy, Oulu.
- Mckerlie, Dennis (2001) 'Justice Between the Young and Old', Philosophy and Public Affairs, Volume 30, Number 2, Spring, pp 152-177.
- Miller, George A., (1956), 'The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on our capacity for processing information' in The Psychological Review, Volume 63, No.2, March, pp 81-97.
- Miller, James G. (1978) Living Systems, McGraw Hill, New York.
- Norstrand R and Groes N (2001) Det fremtidige kommunestyre (Local Government of the Future, in Danish), AKF Forlaget Copenhagen.
- Olson, Mancur (1971) The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Raymond, Eric (1999) The Cathedral and the Bazaar, O'Reilly, Sebastopol.
- Saksa, Markku (2000) 'Finland's Migrant Requirement is over two million: Ten jumbo jets a week incoming in 2012?', *Helsingin Sanomat, International Edition*, 3.10.2000; for its Finnish version, see *Helsingin Sanomat*, 30.9.2000, page B.1.
- Schumacher, E.F., (1976), 'A Question of Size' in Small is Beautiful: A Study of Economics as if People Mattered, First Published, 1973, Blond and Briggs, London, Sixth Reprint, pp. 57-68.
- Sennett, Richard (2002) 'On welfare & the psychology of dependence', *Daedalus*, Summer, pp. 126-131.
- Simpura, Jussi (2000) "State-Penetrated Civil Society and Social Capital", in Kajanoja, Jouko and Simpura, Jussi (eds.), Social Capital-Global and Local Perspectives, Government Institute for Economic Research, Helsinki, pp 123-126.
- Smith, Adam, (1759) The Theory of Moral Sentiments, Oxford, bicentenary edition, Oxford University Press, London, originally published, 1759.
- Stewart, Kitty (2003) 'Monitoring social inclusion in Europe's regions', *Journal of European Social Policy*, Vol 13(4), pp 335-356.
- Stiglitz, Joseph E., (2002) 'Employment, social justice and societal well-being', *International Labour Review*, Volume 14(1), No.1-2, pp 9-29.
- Strömberg, Lars, and Westerståhl, Jörgen (1984) The New Swedish Communes, Lerums Boktryckeri AB

Social federalism, subsidiarity and open method of coordination*

Theodoros Sakellaropoulos

Introduction	304
1. How could we perceive social federalism?	304
2. Welfare and Federalism: some observations	306
3. European Subsidiarity and Open Method of Coordination	308
4. Social federalism and OMC	313
5. Conclusions	314
6. Bibliography	315

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 27/2005

Introduction

The European Convention and the preparations for the new Treaty have launched a new round of debates regarding the future of Europe, European unification and consequently the European social policy. It was obvious that the discussions about the essence of the European political institutions and structures, culminating on the issue of intergovernmentalism or federalism, would certainly have had a serious impact in the pursue of the social construction of Europe. Under these circumstances, the current form of development and implementation of the European employment and social policy which is going mostly through the Open Method of Coordination (OMC) inaugurated in an integrated way by the Lisbon Council of 2000 and after, has found a new context of appraisal of its results, of its nature as well as of its future. The title as well as the concept of the present conference should be perceived as a reflection of the overall political developments. As the historical experience shows, the process and the progress of Europeanization, by itself, brings back continuously to the foreground the issue of the European social space, in other words, the issue of Europe as a social union.

In our paper we attempt to raise a number of questions about the prospects of social federalism in Europe taking into consideration the experiences accumulated by other federal states, as these are presented in the recent scientific literature. We will seek to link these experiences with the evolution of the European social policy as the latter is developed after the adoption of the OMC in the field of employment and social protection. Finally, we will attempt to locate several common issues of future initiatives. It is obvious that the projection of the federalist social experience onto social-political design with the form of OMC that takes place within non-federalist social structures, it appears as an extremely difficult undertaking. For this reason, our main aim is mostly to articulate some questions –not all– and to attempt to provide some preliminary answers.

The first question that I want to pose refers to what we mean with the term social federalism, within the European context. This is a prerequisite so as to form a common base of understanding and dialogue. The second question, which includes a series of sub-questions, refers to the experience of social federalism in other countries. What conclusions, if any, can we draw from these, and what is their use for the European social policy? Does social federalism contribute to higher levels of social protection? Or is an impediment to the development and expansion of the welfare state? A third cluster of questions is related with the OMC and its role in formulating the future profile of the European social policy. In this particular context we pose some questions. Why just OMC? How can we estimate its contribution in the development of European social policy and European integration? Is OMC capable of producing results? What is its future development and its potential "federal content"? Finally, a fourth question is related with the form that a future OMC should take in order to support a federal social policy, as well as the conditions under which such an OMC would be successful.

These are some of the many questions that we would like to pick for our discussion in the frame of a provocative and, we hope, fruitful framework of the conference about the relations between social federalism, subsidiarity and open method of coordination.

1. How could we perceive social federalism?

As we have noticed before, the discussion regarding the intergovernmental or the federal character of the Union has unavoidably affected other sub sectors including the field of social policy.

In this frame, both the academic community and policy makers have embarked in a more intensive research and exploration of the experiences as well as the lessons from federal social policies. Thus, they focus their interests on federal states that they have, more or less, federalist structures. Those with bolder views have moved forward to state a first approach for a European social federalism (Peters 2003). Others, studying the federal sociopolitical experience of other countries and especially income redistribution, have expressed their hesitations for a federalist future recommending instead the full development of the dynamics of the OMC and proposing pan-European binding agreements for minimal social standards. Yet, they are entrusting the functions of the income redistribution between rich and poor countries and regions to the institutions of the European Union through structural funding of development policies in infrastructure, education, employment and public services (Cantillon 2003).

Nevertheless, beyond the special conditions which define the context of the social federalism discussion, there is a need to clarify and study both the notion of social federalism as well as its practical implementation. In addition to this, we have to agree upon the meaning of the term “social federalism in Europe”, for there is a difference in the approaches between the different scientists as it is expressed by the two aforementioned scholars. The first study, intending to formulate a comprehensive theory of social federalism in Europe, is preoccupied mostly with the legal recognition of regional or local competencies in the fields of employment, social exclusion or health care, as it is recognized in several constitutions of member states. “We prefer a clear, not a soft law approach to the division of competencies between member states and European Union; in such a clear division, full competence of the constituent elements can be guaranteed, as learns us the experience of the federal states having recognised legislative and other powers e.g. in areas of health care or social assistance to the regions or local authorities, within a pre-established federal framework. It is exactly such a binding framework we have also to reflect upon in the context of the European Union”. (Peters 2003:14)

On the other hand, in the second approach, social federalism is perceived as central redistribution of income. In this context fiscal federalism is a presupposition. The example of social assistance in United States is a case in point. In that case, the conclusions that accrue from a comparison between USA and Europe in favor of a European social federalism are not encouraged. “The comparison suggests that European social subsidiarity has not hindered the post-war development of Europe’s welfare states. Quite to the contrary in fact. Conversely, American social federalism would appear to have rather stood in the way of the realization of social redistribution” (Cantillon, 2004)

From the above, it is obvious that a sober and objective discussion on the meaning of social federalism and the future of the European social policy needs a unified or, at least, an agreed approach so as to evaluate as much objectively as possible the current experience of the federal states. The typology, the forms and the levels at which federal social policy is exercised are so many and the procedures of homogenization so complex that, as it is commonly accepted, constructing a typology of them is very difficult. However, for the needs of our discussion we can agree in a broad and comprehensive understanding, that, as federalist social policy we should perceive a system of social policy provisions and regulations with -hierarchically constructed or not, yet institutionalized in constitutions or laws- many levels of decision making (federal, states, regions, localities, etc), funding, organization, provision of services and benefits. Within such a broad framework, we could study the experience of federal social policies and their value for the

future of the European social policy.

2. Welfare and Federalism: some observations

In analyzing social federalism some conclusions from the federal countries are valuable. Five remarks:

The first remark has to do with the relation between federalism and welfare state. Is federalism and welfare antagonistic? The dichotomist view for Unitarian and federal states implies the idea that decentralization and federalist structures are liberal and market preserving, and are negatively disposed of redistribution and the social programmes due to the divided powers and the multiple vetoes in decision making. Federalism introduces antagonism between the federal entities, resulting to the decrease in social spending and the race to the bottom. According to this view, decentralization and federalist structures are an impediment to the expansion and development of welfare state. This view was established from the fact that federal states had low levels of social expenditures in relation to their GDP and a weak welfare state. (Schmidt, 2002). However if this holds true in the case of USA and Switzerland it does not apply to other federal states as Germany, Austria, Belgium, whose social spending in relation to GDP is among the highest. In Germany, social spending reaches the 30% of the GDP, a little bit lower from countries like France, Sweden, and Holland (see Table 1).

Consequently, the relation between federalism and welfare state is not one-dimensional or unilateral as is implied by the research that focus exclusively on the case of some big states as the USA. Federalism and welfare state are fully compatible qualities and this is proven by experience. Simply, we have to study in each particular case the specific circumstances that existed or that were formed for the development or the contraction of the welfare state in federal systems.

Table 1 The relative size of Federal and non-Federal Welfare States (1997)

Country	A	B	C
	Public social expenditure as percent of GDP	Column A minus taxes	Column B plus Tax expenditures
Denmark	35.9 %	26.7 %	26.7 %
Sweden	35.7	28.5	28.5
Finland	33.3	24.8	24.8
Belgium	30.4	25.8	26.3
Norway	30.2	24.4	24.4
Italy	29.4	24.1	24.1
Germany	29.2	25.5	25.5
Austria	28.5	23.0	23.4
Netherlands	27.1	20.2	20.3
United Kingdom	23.8	21.1	21.6
Czech Republic	21.7	19.3	19.3
Canada	20.7	17.8	18.7
New Zealand	20.7	17.0	17.0
Ireland	19.6	16.7	17.1
Australia	18.7	17.6	17.9
United States	15.8	15.0	16.4
Japan	15.1	14.4	14.8
Average	25.6 %	21.3 %	21.6 %

Source: Adema, W., 2001, *Net Social Expenditure*, (2nd ed.), OECD, Paris, Table 7.

A second remark has to do with the type of federalism. The recurrent dichotomy between federal and non federal systems is obsolete. Federal political systems do constitute neither a unified category nor an aggregate of many single cases. Recent bibliography has shown convincingly, using the criterion of institutional, political and cultural diversity, that federal systems are distinguished as majoritarian and multinational federations. The first type accrued from the need to govern democratically relatively large communities. United States falls into this type, as well as Germany and Australia. The separation of powers and of responsibilities was pursued so as to achieve a balance between the majoritarian institutions. The second type has to do with the need to provide autonomy to the ethnic, linguistic minorities in pluralistic and multiethnic countries. Among this type we can locate Canada, Belgium, and Switzerland. In this case, the aim of federalism has been to accommodate linguistic or cultural diversity. For these countries federalism constitutes a basic political condition. (Lijphard, 1999).

This distinction, although it enjoys gradually a wider approval in federalism's bibliography, in the studies analyzing public policy "has had almost no place" (Noël, 2003:5). Some first attempts were only undertaken in the field of employment policy. (Noël, 2003). For the further research on a possible European social federalism this distinction is, however, of great methodological and essential significance since both types include advanced welfare structures created by historically different conditions and affected decisively its current efficiency and legitimacy. Yet, both types are characterized by constitutional decentralized, sub-national or local arrangements.

A third remark has to do with the causes and the driving forces that propelled the procedures for the development of social institutions and the welfare state in federal states of both types. These forces are the same with the forces that promoted the formation of welfare states in non federal countries. They are multiple, they differ from country to country and in general are reflected by the different theoretical approaches. Socio-economic forces (functional theory), work, ethic and state- intervention tradition (socio-cultural theory), class struggle (power resources and partisan theory) have, separately or cumulatively, played a crucial role in the modern formation of welfare states in federations in the same way as political-institutional factors, territorial politics and state-craft building. Schmidt (2002) underlies the three paths that contributed to the development of an advanced welfare state in the German Federation. a) The political ideas and the long standing tradition of state led amelioration and political control of the economy. b) The party competition between two encompassing welfare state parties. c) The federalistic constitutional structures, historical legacies and the distribution of costs and benefits of the welfare state. In Canada, the need for national integration and state-craft building has played an important role in the construction of the post-war welfare state (Banting, 1995). As Obringer shows (1998) the role of political institutions, i.e. of the federal structures and direct democracy, explain mainly the growth of welfare state in Switzerland.

Although Europe as entity is now in a different historical and developmental phase than the federal states some decades earlier, and historical analogies have less explanatory power in this context, one can legitimately pose the question if analogous driving forces have been emerged for promoting social integration. The idea of a "European social model" does not seem to be, until now, the powerful political idea which could significantly push social Europe further. The pan-European parties are just doing their first steps, while the European Parliament has still restricted competencies. Finally, there is no serious intention for territorial unity or state-craft building. For the construction of a strong and comprehensive federal social Europe there is a need for a

resolute political will. The Convention did not meet this need.

A fourth remark relates to the way social federalism was evolved. Was the later a unique historical construction or it reflects an ongoing process where continuity elements coexist with discontinuity (reforms)? To answer this question concerning the way and the time of appearance of the welfare state in the federations is very important as regards the European perspective. A comparative historical approach points out that the incremental, piecemeal and creeping welfare state development seems to be typical for federations like Swiss, USA and Canada (Obringer 1998:260, Noël et al. 2003). The reasons for that are not located only in the federal structures, which demand continuous policy compromises. There is a vast array of historical, social, ethnic, race and cultural factors of small, medium and long-term duration, which influenced and continue to influence the path of development in every case, so that we can not easily discern one model of social federalism even within the same country in the long run. Even more so that federalism as a form of political organization is expressed in various forms of functional and institutional interrelations (Watts 1999). A linear and balanced development is not characteristic for social federal systems in general. After a first phase of decentralized initiatives, social programs in Canada for a long period of time resembled a type of welfare state reminiscent of a unitary state (Noël et al. 2003). Moreover, exceptional events, such as the great economic recession of the 30s, played an important role in the introduction of a central system of social security and redistribution in the USA (Social Security Act 1935). However, the devolvement of decentralized competences and regulations in the states and communities as in the case of ADC (Aid for Dependent Children) did not strengthen -instead it weakened- the federal character of public policy, as the black children of the South were excluded from the provisions (Lieberman and Lapivski 2001: 329). If these observations have any meaning for the European experiment, this lies to the open, no-ended, continuous, and some times contradictory, process of the social integration.

A fifth remark has to do with the enormous innovative potential that the decentralized constituencies incorporate regarding the welfare policies. Most scholars agree on this conclusion (Lieberman and Pierson 1995, Obringer 1998). This is the case especially on social policies that are executed better on a micro level, like the social services, social inclusion, health, employment. The institutional strengthening of the decentralized units benefits the trend for innovative solutions. In view of a European social federalism this issue deserves closer consideration since it includes an enormous potential on operational level.

3. European Subsidiarity and Open Method of Coordination

European Social Policy is designed and implemented until now on the base of the principle of subsidiarity. The E.U member states have the main responsibility for the design, organization and funding of their own national social programmes. Brussels acts only and when the member states are unwilling or when it is necessary for reasons of effectiveness and scale. The deeper meaning of this principle is that decisions should be taken as much closer as possible to the people and by the lowest level of power. This was and is the guiding principle in the formation of the current European social policy and the recent European Constitution did not present any changes to it.

Starting from this point of view and observing the poor performance since the establishment of European Union in the production of central, pan-European social programmes, legislative regulations and interventions, many academics, politicians and activists claim that a European social policy does not exist. What matters is mostly, the absence of a central pan-European mechanism

for personal and national redistribution of resources that will aim to a unified social protection of all European citizens. Thus, they conclude that European unification does not go hand in hand with the formulation of a common European social space where social rights are secured and distributed equally to all European citizens (Kleinman and Piachaud 1993). These views were expressed mainly in the past and they represent still a very powerful stream in the European discussion. At the beginning they were the result of a federal approach concerning the European integration and the fears that a competitive federalism could be emerged. Central interventions with the aim of the harmonization of social policies in order to avoid phenomena of social dumping were suggested. In a latter stage of the European integration the functionalist approach was prevailed and the harmonization process was presented again, but this time in a rather optimistic manner. It can be expected that the results of a faster economic integration will spill over in an easy and dynamic way to the social field and to social policies leading to a federal cooperative Europe. This was the approach of the spill-over effect (Kleinman 2002).

The “Multi-level governance approach” (MLG) from mid nineties (Liebfried-Pierson 1995) has broaden considerably the methodological point of view, the analytical framework and the research field on issues of European social policy. Avoiding the one-dimensional, unitary and static analysis that had its roots in the historical precedence of the national welfare states or the debate between supranationalism and intergovernmentalism, MLG perceived EU as a whole, consequently and the social space, as a multi-tiered system of multiple and overlapping levels of decision-making, organization and funding in supranational, national sub-national and local level. All these together contribute to a final result. According to this view, a European social policy was and is already present, develops and contributes actively to the effectiveness and legitimization of European integration. It incorporates national and supra-national (European) social programs, institutions, and redistribution processes as well as their interconnections (Streeck 1995). A harmonization or convergence of the social systems of the member states is not possible due to the national and cultural diversity prevailed in Europe.

A logical and crucial result of this new perception of the European social policy and integration was the wholehearted adoption of the Open Method of Coordination at Lisbon Summit of 2000 in the fields of employment and social inclusion, (European Council 2000) and afterwards to pensions and health. Adhering to the principle of subsidiarity as well as to the national and cultural diversity of Europe, OMC was developed and develops as a complementary tool of soft policy on the side of the traditional European method. It implies mutual learning, benchmarking, multilateral surveillance and the commitment on common goals Europe-wide. It does not have a legislative basis; neither it obliges member states to obey. It is developed on a volunteer basis and the commitments that accrue out of it are of a political and moral nature. It is also characterized as active subsidiarity (Begg and Berghman 2002; Vandenbroucke 2002b). In what follows we will focus our analysis in three basic questions: 1) Under which conditions was OMC introduced as a soft tool in the European social policy?

2) Which is the precise role of the OMC concerning Europeanization? 3) Is OMC capable of producing results and what are the results so far? Which is the future development of OMC?

So, why the introduction of OMC in social protection took place in the year 2000 in Lisbon and not a few years earlier? Wasn't the benchmarking procedure, good practices and mutual learning known before? In administrative science, especially in the private sector, such methods were known for many years (Schaefer 2002). Many attribute the above timing in the fact that the

majority of European governments in that period were headed by socialists. Although this fact made the above decision possible, it does not in itself explain the decision taken. Which were the conditions that determined the specific content?

The timing of the full deployment of the OMC after 2000 in the fields of employment and social protection coincides with the plan for economic and monetary union of Europe (EMU) and the introduction of the Euro. The path towards an economic unification of Europe should unavoidably be accompanied with a social union side, in order for the EMU to be convincing to the European citizens and the prospect of Europeanization to be justified in their consciousness, especially after the stiff economic and fiscal policies of the member states along the Maastricht criteria throughout the 90s. Economic recession and high unemployment in pan European level did not leave any room for inaction in the social field. European trade unions and social-oriented political forces were exerting pressure towards this direction. Since 1997 with the Amsterdam treaty, the pressure of the European trade unions led to the inclusion of the articles on Employment.

It's interesting to refer to similar international developments. The same pressure in the direction of an economic and social union broke out in other federal states as well, as in Canada, when they were trying to overcome the problems of recession, fiscal debts and unemployment, through greater economic unification and fiscal (spending) cuts. The Social Union Framework Agreement (SUFA, 1999) between the federal government and the provincial governments in Canada, irrespective of the final outcome, illustrates a similar connection between economic and social targets in conditions of spending cuts, increasing social problems and efforts of legitimizing a greater economic unification. The fact that SUFA was very limited, mainly a procedural agreement that did not bring in the desired results (Noël et al., 2003), does not change the fact that in both the EU and Canada intense trends were noted towards a social union alongside the economic union.

In both the EU and Canada the aimed social union was inclusive of a double compromise of the forces that promoted economic union with the social-oriented forces. The first part of the compromise expresses the addition of social goals alongside the economic goals. The austere fiscal policy of the member states, which was imposed by Maastricht (EU), and the reduction of central (federal) spending (Canada), was exchanged with agreements over the social union. The second part of the compromise concerned the content of a social union. Not central redistribution, pan European or pan Canadian social programs or any other regulation which could promote a positive integration, but a choice of "soft" methods, institutions and procedures of social intervention, which would not increase social expenditure and would not disturb the free market forces and competition. SUFA was characterized as an agreement only for procedural affairs. It had very little to do with real social policy, since the federal central government intervention degenerated the aims of the provincial governments for substantive social regulations as a trade off to the federal spending cuts. Similar reservations were expressed for the OMC and its future development in Europe as we will see in the following. From the above, it is clear that OMC and other soft instruments or procedures were introduced and became typical for social purposes in the process of building bigger regional entities in the age of globalization.

The second question about OMC concerns its relation with the Europeanization process. To a large extent the argument has to do with the role and the aims of European social policy, as this is defined by various economic, social and political forces. Do the OMC form a means of convergence of the various social systems of the EU countries, reducing regional, national and local inequalities and delivering equal rights to the European citizens? Or OMC is just a means of formal

legitimation of the European unification, which does not produce any direct substantive results, but consumes itself in conversations, texts, researches, communications, congresses etc, leaving the market forces totally free to shape up the future of European unification?

It's obvious that in both questions, theoretically, both performance and legitimation aspects co-exist. The crucial point is, however, if and when these specific results make their appearance. It is certain that in the second case the amelioration of the social problems, only through the market forces as a spillover effect of economic growth and unification, will be delayed. The legitimation of the Europeanization process will be formal for a short or long period of time and will not play the role which is expected to play.

This dichotomy cuts across –consciously or unconsciously- all the relevant bibliography on the OMC and European Social Policy. A large part of this bibliography links the OMC with the legitimation of the Europeanization process and the national and cultural diversity of European countries. In this context European Social Policy is the totality of central (from Brussels) social regulation and redistribution, member-states' social policies and their interrelations. Social rights are protected through national legal orders and social protection is better and more effectively organized and financed on a national level (Hemerijck, 2003).

On the other hand, in the context of the convergence approach, a central European social redistribution, accompanied by central European regulations in the social field must be the goal of a European social policy which brings results and legitimizes the Europeanization process. This approach is more cautious as regards the OMC, and in any case it suggests its transformation in obligatory rules and regulations and underscores the need for the Europeanization of social rights.

Both points of view, in different variations according to every writer's opinion, aim at determining and influencing the OMC to their desired direction. The same is true with the various economic, social and political forces. For many scholars OMC remains a soft method of mutual learning between technocratic elites and nothing more (Delaporte and Pohhet, 2002b). Others believe that OMC must be diffused to all interested parties. Transparency and participation must become basic features of the OMC (Della Porte). Agreement on targets and a convergence on social indicators may form a good basis for benchmarking, evaluation and recommendations for the member states in order to adjust their social policies towards greater efficiency and legitimation (Atkinson et al., 2002). The institutional foundation of the OMC in binding rules and the obligatory nature of reaching certain social indicators can help the substantiation of the OMC, mainly as regards efficiency and a firm and stable policy environment in a Europe of 25 member states (Peters, 2003; Cantillon, 2004).

Since OMC has become a reality in social policy and since we have experienced the development of socio-political antagonisms that aim to influence it, we must consider the OMC as a dynamic field of sociopolitical intervention in a European level which contains all possible solutions. The pace, direction and fields of its growth will be determined from the balance of political and social forces, exactly because the set goals are primarily political. A total "big" OMC type of umbrella for social protection and employment seems less likely since it presupposes ambitious political initiatives which are connected with big events in the process of European unification. Such an opportunity was the European Convention (Sakellaropoulos 2004).

Under the present circumstances "small" OMSc in different fields must and should be converted

in living laboratories of mutual learning, democratic participation and transparency not only for the national and European technocratic elites, but for the lower levels of decision making as well. Existing delays in transparency and democratic participation in the planning and execution of OMC do not offer a higher level of legitimation in the process of European unification, have a minor impact on the mutual learning mechanisms and diminish the connecting potential of the OMC between the different welfare regimes in Europe (Sakellaropoulos 2004).

The third question, which is linked with the second, is if the OMC can produce real results and how. It is obvious that this question concerns both the real results of European social policy and results in improvising the procedure itself (Sakellaropoulos 2004).

Considering the prevailing perceptions about OMC, it would be unrealistic to make the OMC and the European social policy responsible for the overall performance in employment and social security in Europe. The High Level Group points it out very clearly in its Report on the future of social policy in an enlarged European Union: "Taking in consideration the differences between Member-States, European social policy should define common objectives and not try to harmonize the social systems, which is both impossible and incompatible with the European political framework"(European Commission 2004:36). Regarding the OMC it is noted that "Its added value lies in the definition of clear policy choices and its policy-making capacity". It provides a "framework for action at national level...Rather than making a ranking of performance, it uses benchmarks with a view to organize a learning process and to help exchange experience" (European Commission 2004:76,72).

But even in this frame the evaluation of the OMC faces two difficulties: the first is the delimitation of what is national and what European is. Is national socio-political performance due to the national programs or the OMCs? The second difficulty concerns the object of the evaluation. In reality, what can be judged -and was indeed judged- it's the 5-year European Employment Strategy (EES), the first program on Social Inclusion (2001-2003) and the NAPs/incl. of the second generation where we have a fully-fledged growth of the OMC. We cannot evaluate the co-ordination in Pensions and Health, as it is not mature yet.

As far as the EES concerns, the European Commission states that considerable structural improvements are introduced in the labor market during the last five years. The general employment performance is difficult to be connected with the national policies and NAP's. However, a remarkable convergence of national employment policies with the objectives and guidelines of EES is ascertained (Commission, 2002:7). Yet, a tendency of the member states towards a better performances policy of the EU is also observed (Begg and Berhman 2002:192). Other scholars dispute this ascertainment as they consider the results of the convergence mediocre, at least in their initial stage (Goechy: 1999), the results at a national level questionable and the general results limited in a discursive level (Delaporte and Pohhet: 2002b:53).

Concerning the OMC itself, the High Level Group on the future of social policy, notes recently that the "OMC has proved remarkably successful in employment policy and has had very positive effects in social inclusion" as the new NAPs/incl. show (European Commission 2004: 36). However, even in the most single understanding of OMC as learning process and exchange of experience, it is ascertained that "the number of good practices reviewed each year is limited and conclusions are not widely debated" (Employment Taskforce 2003: 59)

Similar weaknesses have been indicated by scholars almost in every coordination process on social inclusion, protection and employment (Delaporte and Pohhet: 2002b, Sakellaropoulos 2004, Trubek and Mosher 2003, Ferrera et al. 2002:236).

4. Social federalism and OMC

After the above short clarifications about the nature, function and potentials of OMC we turn back to our focus. We argue that OMC potentially includes both elements of social federalism: the central and the decentralized. If the central element is evident through the common objectives and the sum of social indicators, the decentralized element is evident through the roles provided for the lower levels of decision making, like the regions, social partners and democratic participation and the sub-indicators. When the Lisbon Council established the OMC, had underlined at the same time that "a fully decentralized approach will be applied in line with the principle of subsidiarity in which the Union, the Member States, the regional and local levels, as well as the social partners and civil society, will be actively involved, using varied forms of partnership" (European Council, 2000). Nevertheless, efficiency and legitimacy remain as important on micro-level as on the central one. In both cases the activation of this potential demands the full maturity of the mutual learning and experience exchanges procedures in pan-European level and their subsequent institutional foundation via European law. Decentralized, federal structures need legal certainty and support in order to develop their innovative possibilities.

The legal frame is a necessary precondition for successful implementation of federal patterns. Among other things, it expresses the presense of a strong political will. The concrete ways and the methods to create it, it is a subject that, I hope, it will be discussed by the jurists and lawmakers in our conference. Nevertheless the legal basis is not a sufficient condition. Sociological, ideological, even theoretical factors exercise also a significant influence on real processes. I have shown elsewhere the dialectic relation between interior and exterior conditions for successful implementation of OMC (Sakellaropoulos 2004:80-5). Such conditions are apparent and must also be considered in this case.

The first condition is related with the existence of a federal society. For a long time the discussion about federalism was focused rather on its political characteristics and institutional structures. Successes or failures were explained on this basis. This approach has recently changed. Successful federal examples and performances are connected with federal social structures. A federal society, where national, cultural, and linguistic diversity prevails, initiate, facilitate and implement easier decentralized policies. (Watts 1999:14-5, Livingston 1956:1-2). As far as Europe is concerned this is real a challenge for further research.

The second condition is the existence of a theoretical and ideological environment or reference context in favor of federal policies. Regionalism, new localism, communitarism and other theories were flourished during the last years, has prepared the ground and created a positive environment for institutionalizing decentralized decision-making processes and structures. (Powell 2004). Minority's rights are now recognized. The demand for democracy has penetrated every cell of European societies. Nationalism and etatism are not so much influential any more as previously. Yet, the process of globalization itself pushes towards greater economic, social and cultural development of regions, cities and communities. International organizations devote a large part of their means and activities to promoting decentralized societal entities and regional thinking. Within this context federal suggestions and plans in Europe can not be easily disputed.

The third condition is related to the subjects and the forces promoting social federalism. Who will define the content and the fields of future federal initiatives? Elites, the people or both? Broader agreements in different areas are welcomed. In the questionnaire of Peters (2003) the European and national parliamentarians were asked and answered about the possible fields of federal social interventions. In other questionnaires the citizens rejected decentralized provision of social security (Baudenwyns and Dandoy, 2003).

Success requires, however, public support and legitimacy. A fully participative OMC can contribute significantly in the preparation and implementation of federal solutions.

If we wish to consider the OMC in social protection as a preparatory stage for a future social federalism in its decentralized dimension, then three immediate courses of action are required:

First, as initial step, the collection and yearly publishing of a Report about the state of the federal policies in Europe.

Secondly, the creation of a net of the existing decentralized structures in each member state, either independently or in the framework of the Committee of the Regions, which will actively participate in the planning and implementation of OMC and make proposals to the EU bodies.

And third, a wide pan-European campaign for the participation of all decentralized levels of decision making in the planning of OMC in employment and social security.

5. Conclusions

We examined thus far some important aspects of the federal social systems, of the European social policy and the OMC. A common element in these comparisons proved to be the multilevel character of function and organization of these systems in providing social protection. However, on a legal level where obligatory rules are made which create bounding commitments, we notice that in the first case social protection is formed in a central and decentralized level, whereas in the second case (EU) it is formed mainly in an intermediate, “quasi decentralized”, that is national, level. What is missing is the central European level and the smaller decentralized units, localities etc., with the exception of the related provisions of the national constitutions. The level of social protection in both groups of countries does not depend so much on their federal or non-federal character. We can find developed welfare states in both federal and non federal countries. Historical, national, institutional, political, economic and cultural conditions played and continue to play an important role in the forming of social protection. Thus, the requirement for federal social structures in Europe does not have to do with questions of “better” or “worse” welfare performance of the federal states. Reducing social inequalities in the interior of the EU is primarily and exclusively a duty of the national governments. The European Union neither wishes nor tries to play this role due to the subsidiarity principle and the lack of respective mechanisms. What’s left, therefore, is a process of legitimation of the European unification and of mutual learning for enhancing the national efforts. In this context, the existing OMC or many OMsC can easily play their role. Any further progress presupposes implementation of common goals and common indicators under a bounding Maastricht-type framework. A hard co-ordination, which will include two or three indicators, like unemployment, poverty and social exclusion and a minimum income level, must form the basis of an agreement just like the Maastricht criteria.

Since European unification is a continuous process, the failure of including social provisions in the

new European Constitution must not lead us to stop formulating new proposals and suggestions. The institutionalized decentralization of social protection as D. Pieters suggested in the issues of employment, health and social exclusion must continue to be at the center of our interests. Even more so that in this micro-level the federal systems have proven their capacity for path-breaking solutions.

On the other hand the effort of central regulations or redistribution in pan – European level can focus on less ambitious but of symbolic value issues, like the formation of a common European framework for disable people (Sakellaropoulos 2004). There is as well ample room for pan – European solutions (of which type, can be discussed) in confronting new social risks and the new social challenges that are linked with the new architecture of the welfare state. I can think of a child and family centered social policy, which can be planned from scratch in a pan –European level. It is obvious that in order to meet such challenges, the existing mechanisms and methods of OMC are insufficient. Obligatory regulations and new European institutions will be required. As the development of European social policy shows, its methods, tools and results (including the OMC) are in close relation with a certain historicity and the stages of promoting European unification. Such types of federal social institutions though – as the experience of the federal welfare states shows- is a result of a gradual and continuous course of development and of some sudden economic, political and other changes which reconstruct the decision making process and policy directions. Take all these in consideration, federal social policy in Europe remains an open, no ending process.

6. Bibliography

Adema W., 2001, *Net Social Expenditure*, (2nd ed.), OECD, Paris

Atkinson A., Cantillon B., Marlier E., Nolan B., (2002), *Social Indicators – The EU and Social Inclusion*, Oxford University Press, Oxford

Atkinson T. (2002), Evaluation of National Action Plans on Social Inclusion: The Role of Euromod, EUROMOD, *Working Paper* No.EM1/02.

Baudenwyns, P. and R. Dandoy (2003) "Federalism and social security in Belgium", *Paper* presented in ECRP Conference in Edinburg 29 March-2 April 2003

Banting K., (1995), "The wefare state as statecraft:Territoria lpolitics and Canadian social policy",In,Leibfried, S. and P. Pierson (eds.) *European Social Policy: Between fragmentation and Integration*, The Brookings Institution, Washington D.C.

Begg I./Berghman J. (2002) "Introduction: EU social (exclusion) policy revisited?", *Journal of European Social Policy*, 12, 3, 2002, pp. 179-194

Begg I., Hodson D., and Macher I., "Economic Policy Co-ordination under EMU: a normative Analysis", *ECSA Canada* June 1, 2002 (draft)

Cantillon B. (2004), "European Subsidiarity Versus American Social Federalism: Is Europe in Need of a Common Social Policy" Paper presented at ESPAnet Conference Oxford, 2004

Chassard, Y., (2002) "Towards a new architecture for Social Protection in Europe? A broader perspective on pension policies". In, *Belgisch Tijdschrift voor sociale rekerheid*, 3/2002, p.p 441- 450

Commission of the European Communities, (2001), "Communication from the Commission to the Council, to the European Parliament and to the Economic and Social Committee. Supporting national strategies for safe and sustainable pensions through an integrated approach", COM (2001), 362 final, 3/7/2001, Brussels.

Commission of the European Communities, (2002a), "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Tacking stock of five years of the European Employment Strategy", COM(2002) 416 final, Brussels 17/7/2002.

Commission of the European Communities, (2002b), Joint Report on Social Inclusion, Luxemburg

Commission of the European Communities, (2002c), Joint Report on Pensions, Communication by the Commission and the Council on adequate and sustainable pensions. Com 2002 yyy final (draft), 17/12/2002

Commission of the European Communities, (2003a), "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Proposal for a joint Commission-Council Report on health care and care for the elderly", COM(2002) 774 final, 3/1/2003, Brussels.

Commission of the European Communities, (2003ba), "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Joint Report on social Inclusion 2003-5(Draft)COM (2003)xxx

Commission of the European Communities, (2004a), Report of the High Level Group on the future of social policy in an enlarged European Union, Brussels

DeBurca G., Zeitlin J, (2003), Constitutionalising the Open Method of Co-ordination. A note for the Convention, In, www.leucenter.wisc.edu/Memo-for-Convention_5a.pdf

De la Porte C., Pochet Ph., Room Gr. (2001) "Social benchmarking, policy, policy making and new governance in the EU", *Journal of European Social Policy*, 11, 4, pp. 291-307

De La Porte C., Pochet P., (2002a), "Introduction", in: De La Porte C., Pochet P., (eds.), *Building social Europe through the open method of co-ordination*, PIE Peter Lang, Brussels, pp11-26

De La Porte C., Pochet P., (2002b), "Supple co-ordination at EU level and the key actors' involvement", in: De La Porte C., Pochet P., (eds.), *Building social Europe through the open method of co-ordination*, PIE Peter Lang, Brussels, pp. 27-68

De La Porte C., Pochet P., (2002c), "Public Pension Reforms: European actors, discourses and outcomes", in: De La Porte C., Pocket P., (eds.), *Building social Europe through the open method of co-ordination*, PIE Peter Lag, Brussels, pp. 223-250

De La Porte C., Pocket P., (2002d), "Conclusions", in: De La Porte C., Pochet P., (eds.), *Building social Europe through the open method of co-ordination*, PIE Peter Lang, Brussels, pp.285-304

DelaPorte C. and Ph. Pochet (2003), "The omc intertwined with the debates on governance, democracy and social europe". *Research paper on the open method of co-ordination and european integration prepared for Minister Frank Vandenbroucke, Minister for Social Affairs and Pensions*

- Eberlein B., Kerwer D., (2002), "Theorizing the new modes of European Union Governance", in: *European Integration online Papers*, vol. 6, No. 5, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-005a.htm>.
- Ekengren M., Jacobson K., (2000), "Explaining the constitutionalization of EU governance-the case of European Employment Cooperation", *Paper, Stockholm's Center for Organizational Research, Score Rapportserie*, Sweden.
- Employment Taskforce (2003), *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe, Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok*, November 2003
- Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge: Polity Press.
- ETUC, (2002), The Luxembourg Process-Where Next? *ETUC Proposals* 22/05/2002.
- European Council (2000), "Presidency Conclusions", Lisbon European Council 23-24 March 2000
- Ferrera M. / Matsaganis M. / Sacchi St. (2002) "Open co-ordination against poverty: the new EU 'social inclusion process'". *Journal of European Social Policy*, 12, 3, pp. 227-240
- Ferrera, M. (2002) 'The European Social Model and the Open Method of Co-ordination', *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid*, Vol. 44, 3, Ministerie van Sociale Zaken, Brussel., pp. 469-472
- Ferrera, M., A. Hemerijck, and M. Rhodes (2000), *The Future of Social Europe: Recasting Work and Welfare in the New Economy*, Oeiras: Celta Editora.
- Gallego, R., R. Gomu and J. Subirats, (2003), "Welfare state and territorial politics: The emergency of regional welfare regimes in Spain", *Paper presented at ECPR Conference, Workshop 10, "The Welfare state and territorial politics: an under-explored relationship"*, University of Edinburgh, 28 March-2 April, 2003
- Goetschy, J. (1999), 'The European Employment Strategy: genesis and development', *European Journal of Industrial Relations* 6, No. 2: 117-37.
- Goetschy, J. (2000), 'The European Employment Strategy: strengths and weaknesses', *European Community Studies Review* 13(3): 2-7.
- Hantrais, L. (2000), *Social Policy in the European Union*, Basingstoke, Macmillan.
- Harvey T., (1998), "European social law and policy", Longman, London.
- Hemerijck, A., (2003), "The Self- Transformation of the European Social Model(s)", In, Esping- Andersen C., G., D. Gallie, A. Hemerijck and J. Myles, (ed.) 2003, *Why we need a New Welfare State*. Oxford, Oxford,
- Hemerijck, A., (2003) Embedding Social Europe in an Enlarged Union, European University Institute, Florence, 19 March 2003, *manuscript*
- Hemerijck, A., and M. Schludi (2000), 'Sequences of policy failures and effective policy responses', in F.W. Scharpf and V.A. Schmidt (eds.), *Welfare and Work in the Open Economy*, volume 1: *From Vulnerability to Competitiveness*, pp. 125-228, Oxford: Oxford University Press.
- Heritier A., (2001), "New modes of governance in Europe: Policy-making without legislating?", Max Planck Projektgruppe, Recht der Gemeinschaftsguter, Bonn.

- Hodson D., Maher I., (2001), "The Open Method as a new mode of governance: The case of soft economic policy co-ordination", in: *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, no 4, pp.719-746.
- Hoffmann, J., R. Hoffmann, J. Kirton-Darling and L. Rampeltshammer (eds.) (2002) *The Europeanisation of industrial relations in a global perspective: A Literature review*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- Jacobsson K., Schmid H., (2002), Real integration or just formal adaptation? – On the implementation of the National Action Plans for Employment, In De La Porte C., Pochet P., (eds.), "Building Social Europe through the Open Method of Co-ordination, P.I.E.-Peter Lang, Brussels
- Kleinman M., (2002), *A European welfare state? European Union social policy in context*, Palgrave, New York.
- Kleinman M., Piachaud D., (1993), "European social policy: Conceptions and choices", in, *Journal of European Social Policy*, Vol. 3, No 1, pp.1-19.
- Leibfried, S. and P. Pierson (eds.) *European Social Policy: Between fragmentation and Integration*, The Brookings Institution, Washington D.C.
- Lieberman R. and J. Lapinski, (2001), American Federalism, Race and the Administration of Welfare, in *B.J.Pol.S.*, 2001/31, p.p. 303-329
- Lijphart, A., (1999), *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, Yale University Press, New Haven
- Livingston, W. S., (1956), *Federalism and Constitutional Change*, Clarendon Press, Oxford
- McEwen, N., (2003), "Welfare Solidarity in a Devolved Scotland", *Paper presented at ECPR Conference, Workshop 10, "The Welfare state and territorial politics: an under-explored relationship"*, University of Edinburgh, 28 March-2 April, 2003
- Mayes D. (2002) "Social exclusion and macro-economic policy in Europe: A problem of dynamic and spatial change", *Journal of European Social Policy*, 12, 3, pp.195-210
- Moreno, L. and N. McEwen, (2003), "The Welfare state and territorial politics: an under-explored relationship", *Paper presented at ECPR Conference, Workshop 10, "The Welfare state and territorial politics: an under-explored relationship"*, University of Edinburgh, 28 March-2 April, 2003.
- Mosher, J., (2000), "Open Method of Co- ordination: Functional and Political Origins". In *ECSA Review* 13:3. p.p. 2- 7
- Noël, A., (2003)"Introduction: varieties of capitalism, varieties of federalism", In Noël, A., (ed.) *Federalism and labour market policies. Comparing different governance and employment strategies*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations
- Noël, A., F. St-Hilaire and S. Fortin (2003)"Learning from the SUFA experience", in Fortin, S., A. Noël, and F. St-Hilaire (eds.) *Forging the Canadian Social Union: SUFA and Beyond*, Institute for Research on Public Policy (IRPP), Montreal
- Obinger, H., (2002) "Föderalismus und wohlfahrtsstaatliche Entwicklung. Österreich und die Schweiz im Vergleich". *Politische Vierteljahresschrift* ,2/2002, pp 235-271

- Obinger, H., (1998), "Federalism, Direct Democracy, and Welfare State Development in Switzerland", *Journal of Public Policy*, 18, 3, 241-263)
- Overdevest C., (2002), "The Open Method of Coordination, new governance and learning. Towards a research agenda", University of Wisconsin-Madison.
- Pierson P. and Leibfried S., (1995a), "Multi-tiered institutions and the making of social policy" In Leibfried S. and P. Pierson (eds.) *European Social Policy: Between fragmentation and Integration*, The Brookings Institution, Washington D.C.
- Pierson P. and Leibfried S., (1995b), "The dynamics of social policy integration", in: Leibfried S., Pierson P., (eds.), *European social policy. Between fragmentation and integration*, Brookings, Washington D.C.
- Pieters, D., (2003) "Towards a European concept of social federalism", *Contribution to the European Convention, The Secretariat, Brussels*
- Powell, M., (2004), "In search of New and Old Localism", *Paper presented at ESPAnet Conference, Oxford, 9-11 Sept. 2004.*
- Rhodes, M., (2000), Lisbon: Europe's "Maastricht for Welfare". In, *ECSA Review* (13:3) p.p 2- 7
- Regent S., (2002), "The open method of co-ordination: a supranational form of governance?", *Discussion Paper, International Institute for Labour Studies, DP/137/2002, Geneva.*
- Sakellariopoulos Th., (2004) "The open method of coordination: a sound instrument for the modernisation of the European Social Model", in Sakellariopoulos Th. and J. Berghman, (eds) *Connecting Welfare Diversity within the European Social Model*, Antwerpen-Oxford-New York, Intersentia, pp. 55-92
- Schaefer A., (2002) "Managing economic interdependence: The Open Method of Co-ordination". *Paper prepared for the first meeting of the ERC- Rotterdam 29- 31/10/2002*
- Scharpf F. (2001) "European Governance: Common Concerns vs. The Challenge of Diversity", *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law.
- Scharpf F.W. (2002) 'The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity' *JCMS* 2002, Vol. 40, 4: 645-70, Max-Planck-Institute for the Study of Societies, Cologne,
- Scharpf, F.W., and V.A. Schmidt (eds) (2000), *Welfare and Work in the Open Economy*, volume I: *From Vulnerability to Competitiveness*, and volume II: *Diverse Responses to Common Challenges*, Oxford: Oxford University Press.
- Schmidt, M (2002), "Federalism and social policy. The case of the federal Republic of Germany". *Paper presented at the Workshop Federalism and Social Policy. Comparative Perspectives and the Old and New Politics of the Welfare State*
- Hanse Wissenschaftskolleg Delmenhorst May 24-27, 2002.
- Streeck W., (1995), "From market making to state building? Reflections on the political economy of European social policy", in: Leibfried S., Pierson P., (eds.), *European social policy. Between fragmentation and integration*, Brookings, Washington D.C.
- SUFA (1999), *A Framework to improve the Social Union for Canadians.*

The European Convention, The Secretariat, (2002), "Coordination of national policies: the open method of coordination", WG VI, WD 015, Brussels.

Treu, T., (2001), A New Phase of European Social Policy: the EMU and Beyond. In, *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, Vol. 17/4

Trubek D., Mosher J., (2001), "New governance, EU employment policy and the European social model", in: Symposium: Mountain or molehill? A critical appraisal of the Commission White Paper on governance, *Jean Monnet Working Paper*, No 6/01.

Vandenbroucke, F., (2002a) "Open Co- ordination on Pensions and the Future of Europe's Social Model". In, *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid*, 3/2002, p.p. 533- 543

Vandenbroucke F., (2002b), "The EU and social protection: what should the European Convention propose?", *Paper presented at the Max Planck Institute for the Study of Societies*, 17 June 2002.

Watts, R. L(1999),*Comparing Federal Systems*, School of Policy Studies, Queen's University and McGill- Queen's University Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca

Weiler, J.H.H. (2002) 'A Constitution for Europe? Some Hard Choices' *JCMS 2002*, Vol. 40, 4: 563-80, New York University School of Law, Oxford, Blackwell Publishers, Oxford.

Zeitlin J., (2002a), "The Open Method of Coordination and the future of the European Employment Strategy", *Presentation* prepared for the mini-hearing of the Employment and Social Affairs Committee of the European Parliament on the first five year evaluation of the Employment Guidelines, 8 July 2002.

Zeitlin J., (2002b), "Opening the Open Method of Coordination", *Presentation* prepared for the Committee of the Regions Conference on "The Open Method of Coordination: Improving European governance?", Brussels 30/9-1/10/2002.

**How small is beautiful and how large would be ugly?
An inquiry into optimal community size, spatial demarcations
and risks for sustainable local governance***

Ajeet Mathur

1. Introduction	322
2. Area, Authority and Power: Centripetal and Centrifugal Forces	324
3. Communities at Risk: Do the Northern Lights Shine Brightly?	325
4. Well-being of Inhabitants in Spatially Demarcated Areas	327
5. Risk Criteria	329
I. DEMOGRAPHIC SIZE RISK, MARKET RISK, ORGANISATION RISK	329
II. MARKET RISK, EFFICIENCY RISK, DEPENDENCY RISK	331
III. FISCAL RISK, DEMOCRATIC AUTONOMY RISK	331
IV. ECONOMIC INACTIVITY RISK, LABOUR MARKET RISK	333
V. LOGISTICS RISK	334
VI. SOCIAL CAPITAL RISK	335
6. Early Warning Signals	336
7. Comparative European Experience	337
8. Conclusions	337
9. References	339

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 28/2005

The determination of optimal size of local communities demarcated as governance units is an unresolved policy research question of considerable immediate relevance for many European countries. This paper discusses criteria to evaluate the sustainability of spatially demarcated local communities as governance units, using a multi-disciplinary institutional perspective. Community population sizes, actuarially sustainable dependency ratios, availability and affordability of goods and services assuring consumption security, labour market clearing and enduring social capital are related with each other.

Different kinds of risks such as demographic risk, market risk, democratic autonomy risk, fiscal risk, infrastructure risk and labour market risk are introduced to analyse effects for human well-being, public policy and social protection. The paper draws on national and regional data of EU NUTS regions to provide empirical underpinnings, contrasting in particular the experience of Nordic and Baltic Countries.

The paper proposes lower and upper population limits for spatial demarcations instituted into communities and develops a conceptual framework that can be used to design national and regional systems of early warning signals at the NUTS two-digit to five-digit level of disaggregation. The paper concludes that the earliest warning signals arise from reduced capacity to preserve social capital required to stimulate economic activity, and wasted public investments, not from consequential outcomes such as changes in per capita income or assets or the rising burdens of actuarial vulnerabilities. Early warning signals are visible long before changes eventually manifest in quality of life indicators due to reduced social spending. While the nature of human well-being, causes of its deficiency, and magnitudes of spatial inequality vary from country to country, the criteria developed in this study could have a wider relevance for European Integration and Internationalisation.

1. Introduction

How would conventional notions of sovereign 'federalism' in EU member countries stand up to the evolving European constitutionality 'sharing some of the powers in common' to uphold the principle of subsidiarity with regard to social policy? This is a burning problem of our times and regions have not been granted direct access to the European Court of Justice even on matters falling within the subsidiarity principle⁸⁷⁴. The question is usually examined by juxtaposing pan-European functional aspects of converging social security frames in a multi-speed EU, with a diversity of structures governed by national sovereignties, to the neglect of territorial subsidiarity of regions, areas, communities, and municipalities, which are self-governing in many respects. The first problem is that this leaves unaccounted, a self-governing community's selection of strategies and the risks associated with the path taken. The second problem is that it fails to account for the amplitude or vigour of the action tendency to persist over time. Thus, endogenous factors

⁸⁷⁴ See the 23rd report of the European Commission on the actions taken on opinions delivered by the Committee of the Regions as Follow-up to the White Paper on European Governance COM (2002) 705 final-CoR 19/2003-July 2003, p.5. This major stumbling block in progressing the case for more comprehensive Europeanization and a more convergent EU social policy is in consonance with the lucid argument of Begg and Berghman (2002) that only the highest level of scrutiny can offset the impact of divergence of different policies at lower levels. If the preferred convergence route is a European regulatory approach, then leaving its implementation to national interpretations without space for the collective voice of regions at the European level could be regarded as contrary to the Treaty provisions. A persuasive case can be made for measuring all key indicators of regional disparity at regional level (Stewart, 2003).

contributing to social capacities of the organisation of collective action in territorial jurisdictions are residualised.

This paper addresses this gap by invoking governance as a frame of analysis for social policy with three specific objectives:

- (a) to explicitly introduce the spatial dimension by relating human well-being in governance units at different levels of aggregation to characteristics of their population sizes and structures,
- (b) to hypothesise lower and upper limits for spatial demarcations of regions and areas as autonomous self-governing communities, based on optimality analysis and risk calculus from observable variables that reveal latent attributes, and,
- (c) to propose the design of the architectural logic for an early warning signalling system that would enable interventions such as reconstitution of spatial demarcations of habitats for community sustainability and social policy.

The embeddedness of communities in nations and the association of nations in the EU presents realities of multi-level governance where social conflicts originate in territorial categories. Heidenreich (2003) cautions about the extra transfer payments that will arise due to social dimensions of the enlargement process if relative measures carry primacy, and I agree with him, but the greater worry is absolute breakdown if levels of solidarity among 450 million people are not possible to maintain (Guillen and Palier, 2004). The choice of the nation-state as a unit of analysis is questionable in contexts when territorial systems of governance are unable to perform functions expected of them (Cerny, 1999; Baganasco, 2001; Daly, 2003). Yet, the demarcation of EU NUTS regions as self-governing areas remains a legacy of historical cartographic convenience and is not based on feasibility or optimality. Community is not merely a space that belongs to a national government. It is also a means of government as the new locus of collective action replacing the notion of 'society' in our times. Some communities may consume more social capital than they produce. Schumacher was among the earliest to observe that small units are better when networks are the basis of action but also that unities as the basis of action may be indivisible in some cases (Schumacher, 1973). The question of scale is extremely crucial because the smaller the number of people, the greater is the number of relationship arrangements per individual as a necessary burden. The higher limits are easier to judge because diseconomies of large scale are obvious. The lower limits are difficult to ascertain because endogenous attributes contributing to the diseconomies are latent. It is worth examining whether reconstitution of governance units for the same area and population can introduce new policy choices, new ways of implementing policy and reduce the cost of governance for the same efficiency and equity.

Previous studies in Sweden (Strömberg and Westerståhl, 1984), and Finland (Mathur, Ryyänen and Nystedt, 2003) suggest that if a determination of optimal population size can be made or limits of lower and upper population bounds of local communities invoked for demarcation of governance units, considerable new value and savings releasing more deliverable value can be produced at no extra cost. Yet, throughout Europe, expenditures of many local government authorities are increasing rapidly at rates much higher than any price index while their balance-sheets get weaker, pointing to the need to understand this destructive creation. The determination of optimal size, spatial demarcations and risks for sustainable local governance are unresolved policy research questions of considerable immediate relevance to mitigate perils of devolution.

2. Area, Authority and Power: Centripetal and Centrifugal Forces

Governance units foster distinctive identities based on economic advantage, social structure, political system, cultural heritage and governance processes. The resultant processes in open economies are essentially centrifugal as locations compete to triangulate factor mobility in ways optimal for a specific location's natural identity, democratic autonomy, fiscal vitality, consumption frontier, livelihoods and inter-generational continuity. In contrast, collaborative arrangements to which national governance units subscribe unleash centripetal forces aimed at breaking down barriers between the boundaries of governance units at every level of aggregation to promote larger areas with common frames on border flows of goods and services, capital, and labour with convergence sought on monetary and fiscal policies, external relations, internal and external security, norms of justice and civil society. When centripetal forces are stronger in terms of how households, firms, governments and others make decisions to avail opportunities and discharge obligations, the boundaries of territorial units lose some value. Indeed, their viability, efficiency and cost come into question even if their relevance and attractiveness as hubs of traditional belonging are not doubted.

This is hardly a normative issue. Governance units exist to discharge collective responsibilities for certain functions in a habitat. Those that cannot do so would collapse unless bailed out by national or European authorities. There cannot be any guarantee that resources for fiscal transfers will perpetually be available even if the will to do so is not lacking and legal provisions exist to require national or European authorities to intervene or safeguard certain minimum entitlements⁸⁷⁵. Pension reforms are underway in many European countries. However, the critical issue for the balance of inter-generational continuity is maintenance of a sustainable dependency ratio between the working age population and the underaged or overaged population not merely at a national level but also spatially so that communities can remain economic hubs rather than deteriorate into relief zones. This view has been contested in some circles (notably by government economists) who point to the accumulation of higher capital assets per capita as a form of social insurance. However, the productivity of such capital assets remains unproven, and particularly their failure to stimulate growth rates that would clear the labour market remains unexplained.

The division of authority and responsibility in demarcated spatial communities is instrumental of community values. Such a division may conveniently be classified into State responsibility and Spatial Community or Area Responsibility. The political science literature uses the expression 'division of powers' whereas the sociological literature and the behavioural sciences use the expression 'division of authority'. Authority implies institutional legitimacy that arises from human beings as individuals, families, groups, and communities. Power refers to a derived organisational capacity conferring a sanctioned monopoly over control of the means of organised violence to collect taxes, render justice, provide public goods, mediate conflicts etc. The freedom to exercise authority and power is circumscribed by accountability and responsibility.

Community responsibilities may functionally spread across State responsibility, community responsibility and be syndicated in networks of communities collaborating on these responsibilities.

⁸⁷⁵ *At present, when locally self-governing communities in Europe collapse, they are quickly annexed to a neighbouring community in contrast with the American solution which triggers dehabitation and population migration. The proverbial case of 'The spirit is willing but the flesh is weak' cannot be excluded for the future.*

In any conception of spatial responsibility, links and flows between State responsibility and spatial communities are of paramount importance. If a State or a community possess economic capacity to afford waste in the form of avoidable transactions costs, and democratically chooses to do so to whatever degree preferred for the sake of other values, it would be important to include such preferences in any framework of well-being. Any analysis and scientific determination can be no more than a first approximation of the bounds of feasibility.

For a variety of methodological reasons, there has been no way of precisely knowing which divisions and unities will work and which will not. In some sense, this touches one of the core values of communities viz. that all communities are acts of faith involving visions, hopes and dreams to nurture their collective identity through the pooling of social capital. However, certain maxims validated in studies in various parts of the world are worth recapitulating:

(a) The assignment of area responsibilities should cover all governance functions excluding currency, defence and foreign policy. Within the European Union, a limited currency union exists. Treaties cater to European co-operation on defence and foreign policy issues but common policies and integration in these spheres is slow and halting. EU does not discharge federal governance functions which are a national responsibility.

(b) The optimum levels of governance are three (Maas, 1959, p.36). Many European countries have four to five levels of governance which may include local governance in municipalities/communities, associative nationally federated collective inter-community solidarity governance, regional governance as EU NUTS 3 Regions, State agency through districts/provinces as an arm of national fiscal governance, and EU functional governance through the Committee of the Regions.

(c) The constituted areas should transcend narrow communities of interest. This is possible only with a diversity of interests, complementarities of interests and collaboration of interests. Many municipalities are narrow communities of existential interest where population size could constrain this and collaborations would usually need cross-border complementarities to be explored, developed and exploited.

(d) Conflicts between authorities of local governance can be resolved through consultation, co-operation and mediation. This is achievable only if it is neither dictated from above nor within and not stopped by a minority of constituents. Community initiatives are notoriously difficult to organise where a critical minimum threshold of social capital cannot be mobilised due to demographic fragility or if civil society institutions are weak due to traditions of intermediation by the State or other institutions, internal or external to a country.

3. Communities at Risk: Do the Northern Lights Shine Brightly?

Results from country-wide studies of governance units in Sweden (Strömberg and Westerståhl, 1984) and Finland (Mathur, Ryyänänen and Nystedt, 2003) are worth recapitulating. Thirtyfive studies on the question of minimal community size and well-being in Sweden tested for the minimum population size required for markets to function for different products and services, and for baskets of such products and services. The market requirements for flows of goods and services in autonomous democratically governed communities pointed to a range between 5000 and 6000 of population. Swedish local communities were reorganised to ensure a critical minimum threshold size of 5000 for a community's population in a major restructuring in 1974 (Strömberg and Westerståhl, 1984, p.17). At today's fertility rates and the unbalanced age-cohorts in the

reproductive age-groups in many communities, Nordic Communities could need a minimum population size of about 8,000 inhabitants to function as communities of inter-generational continuity with a viable market size to enable flows of essential private goods and services.

In communities with abnormal age cohorts, it is difficult to stimulate economic activity or balance labour demand with labour supply now and in the foreseeable future without reconstituting the areas and repopulating them with missing age-cohorts through in-migration. It is not useful to discuss projections of shortfalls, made at a national level, without knowing where the inflows would locate. Until then, the politics of international migration oscillates between scare-mongering media reports projecting huge shortfalls of skilled labour and xenophobic defensive reactions that stand in the way of developing appropriate in-migration policies. In the majority of communities, the availability and affordability of goods and services corresponding to the present quality of human well-being is unsustainable without external subsidies. This severely constrains real democratic self-governance and autonomy.

Three of the five nordic countries solved problems of small community sizes through their consolidation of smaller communities into larger units decades ago. In the 1960s, Denmark reorganised its local communities from over 1300 in number into 275. The Swedish communal re-organisation from over 1300 communities into 278, completed in 1974 was informed by extensive research into well-being in communities supported by 35 doctoral and post-graduate theses and fifteen government reports on the subject (Strömberg and Westerståhl, 1984). In Norway, the reduction from 454 to 290 was implemented by 1978. Finland has not reorganised its local communities on this scale. The largest decennial reduction in the number of local communities in Finland was undertaken during the 1970s. The total number consolidated over that whole decade was only 59 and that was in response to economic crisis.

In the Finnish case, it was concluded that a reduction in the number of communities through consolidation and restructuring from 446 into 236 (or less) viable ones could alleviate some of the problems. There has been considerable discussion in the media over the Finnish Study during 2003 and *laissez faire* consolidation is now official policy, with notable incentives and inducements. However, even such consolidation, while necessary and beneficial, would not be a sufficient solution to take care of the risks arisen for economic activity, labour markets, and municipal finances due to the adverse dependency structure in a large number of communities. In such cases, the risks for communities are not nationally resolvable without more internationalisation – involving inflows of goods, services, capital and people. In practice, inflows and outflows of goods and services do occur, respectively creating and easing pressures on the balance of trade and payments, while capital outflows and out-migrations of young educated adults worsen the situation if they are not associated with inflows of factor incomes from abroad. International economic relations cannot be strengthened extensively enough or rapidly enough from centralised national initiatives of any national government. Local initiatives by communities and regions are important. Spatial studies are needed to supplement sectoral studies for evaluation of community based initiatives on internationalisation. Public-private partnerships also usually develop in communities.

Inadequate social capital constrains communities from remaining inter-generational continuities, disables markets, and limits autonomy of democratic self-governance. The inadequacy of social capital is reflected in spatial inequalities which are early warning signals for potential loss of well-being. The risk characteristics, endogenous to communities, are observable before changes in

indicators of well-being become measurable from outcomes and consequences experienced at their worst only after fiscal transfer mechanisms are put to test and prove inadequate.

An identification of measurable indicators would highlight communities at risk for remedial actions and design of interventions under conditions of national federalism and European security. This requires risk criteria to be developed and applied well in time, to mitigate potential and actual erosion of social capital and social security. It would be severely limiting if such analysis were to be conducted only in binary terms of viable-unviable, or sustainable-unsustainable. Secondly, the elegance of scientific determination in any model that underpins governance policy choices which are political in nature is in formulating limits, and not in precise prescriptions or injunctions over decisions that are essentially required to be democratically exercised. For both these reasons, the specific focus of this paper is to highlight the ranges within which risk indicators as variables can be tolerated.

There has been considerable discussion on what warning signals as symptoms may be visible when communities start to decay. Even in extreme cases that sparked humanitarian emergencies, causes have not been definitively linked to the economy or demography. For these reasons, it is important to raise the question whether there could be (a) a critical minimum or maximum viable threshold size of a self-reliant (though not necessarily self-sufficient) community within a political unit of governance, and (b) an optimal range for the size of a community, within a political unit of governance, apart from (c) whether there exists a critical minimum or maximum threshold size for a viable independent secure political unit of governance⁸⁷⁶.

4. Well-being of Inhabitants in Spatially Demarcated Areas

Inhabitations are characterised by natural habitats, settlements and instituted regions. The smallest components of larger aggregative entities have generally arisen spontaneously or coalesced in response to the integration of natural settlements into instituted regions. Within such clusters or agglomerations of settlers in a locality, solidarity develops from the primal social urge of "communications", basic to human living, from which emerged the concept of "community" that includes the communication of inter-generational values passed on through procreation and child-rearing.⁸⁷⁷ This notion of community as spatial solidarity or unity signifying a harmony defines the first order characteristics of a community. This is anchored in reinforcements of behaviour through tactile communication, in experiential interaction and in the sharing of sentience culturally transmitted across generations through languages-verbal and non-verbal. The extent to which such communities may be supplemented or substituted by virtual communities is open to question.

Communities are created by needs, wants and shared interests of people. The State as an overarching political entity superintending over communities enables Lockean rights and freedoms to be enforced as a *quid pro quo* to a Hobbesian contract of allegiance as a condition precedent.

⁸⁷⁶ In Black's oft-referred classic analysis, the ten symptoms identified as early warning signals for a community in crisis include devaluation of human life, weakening of cultural foundations, loss of respect for tradition, rising bureaucracy, loss of economic discipline, rise in immorality, lawlessness, increasing materialism, decay of religious belief and decline of education (Black, 1996), but demographic transition and economic traverse are conspicuously missing from Black's analysis.

⁸⁷⁷ Exclusion or ex-communication remains one of the recognised markers that distinguishes those who are inside from those who belong outside a community's boundary.

Thus, the tribute extracted by the monopolist promissary to provide stability for production and exchange in the economy binds the State to the economy and markets; and, local communities that aggregatively make up the nation enmesh with the State and economy. Bhaduri (2000) notes that the cohesion produced by such an arrangement is based on empathy as the cement of solidarity, capable of harbouring countervailing power institutions. Forms of local government may also be regarded as countervailing power institutions.

People bodily live in a locality with characteristics of a living system in a Millerian sense (Miller, 1978) distinguished by space, time, tasks, artefacts and relationships as five distinctive elements that mark its boundary conditions. This would be the case wherever the included population identifies itself as a continuing collectivity. So described, the community is always spatially local by its very nature whereas its constituents relate to happenings within its boundaries and outside them. For a community to be a self-reliant (not necessarily self-sufficient) living system, in the sense of being self-organised or self-governing for its well-being in important respects, a community needs to achieve a balance of inter-dependence with other similar units. In other words, it would need to avoid altogether or minimise to the extent possible, and desired, any persistent chronic dependency on other communities or the collectivity of such communities as a whole that together constitute an internationally recognised governing sovereign national unit. This requires life to be so organised that all of a community's included population's lawful motives, needs and activities that involve sharing and exchange including cultural transmission across generations may be consensually regulated within its boundaries and across boundaries with other communities in an orderly manner. It is implicit in such a description of community as a unit of reckoning to be able to envisage the unit as an actor in economic, social and political space co-existing with other similar units and variously co-operating and competing with them for the well-being of its constituents.

There are some cultural universals that determine resources and responses which every individual human life minimally needs for well-being through different stages of life (birth, maternity/paternity care, child-rearing, healthcare, nutrition, education, entitlements to consume goods and services beyond merit goods, rights and freedoms to think, feel, act, express, associate, sexual expression, and ageing with dignity). The concepts and methods by which costs and benefits of organising such well-being are syndicated by communities with different endowments and capacities reflects the values people in a community place on sources of well-being (Dasgupta, 1993). Explicit and implicit assumptions about sustainability, development, efficiency, equity in the here and now (what economists call static equity), and inter-generational equity (dynamic equity) are invariably involved.

It is theoretically conceivable as well as empirically observable from the predicament of externally aided localities that a community could chronically lack characteristics to be an effective geographic unit for promoting the well-being of its constituents. This would be the case if it becomes structurally impossible to generate a sufficiency of response from among its constituents based on its natural, physical and human resources to produce inter-generationally transferable social capital. If decision-makers know or fear that none of the three components of aggregate demand - private consumption, private investment, government expenditure - can be manipulated to influence the level of aggregate demand, anticipatory supply side adjustments in the form of cuts

may occur and induce downward spirals.⁸⁷⁸ However, the supply side adjusts with a time lag, and the warning signals may be too little, too late. Secondly, it is a well-known economic doctrine that the size of an internal market is limited by the purchasing power of its population⁸⁷⁹. The number of communities and their population sizes relative to the total population of a political governing unit may exhibit negative scale effects. Thereby, it may cause transfer payments or transactions costs of governance of such communities to become uneconomic and unsustainable. This may happen regardless of whether a locality community originated from a natural agglomeration or was constituted as an administratively instituted habitat.

5. Risk Criteria

Pre-requisites for sustainability of well-being in spatially demarcated areas characterisable as communities may be operationalised as risk criteria. Then, we can identify (a) which self-governing entities are and would continue to be a net drain on the national exchequer forever; (b) which communities are a net drain on aggregate welfare today but have the possibility, after factoring in market and demographic shocks, to be viable someday; (c) which regions are today's net contributors but may not remain so; and, (d) which areas are able to provide for well-being now and in the foreseeable future⁸⁸⁰. The six categories of risk cover this problematique noting that the criteria of spatial demarcation adopted in some EU countries corresponds closely to these theoretical premises⁸⁸¹.

I. Demographic size risk, market risk, organisation risk

The demise of a human community has never been systematically related to the number of its constituents in any previous study despite good evidence from evolutionary biology that populations of living species that fail to sustain critical minimum threshold sizes for replacement go extinct. Populations of human species are no exception as the geological record of isolated populations over a number of glacial cycles confirms. The question of what constitutes the critical minimum size of a functioning human community had been raised in the pre-Christian era by Plato in 'The Laws'. He had come up with the number 5040. Plato regarded a certain population size to be an essential criteria to the constitution of a community in preference to other candidate criteria (in his time) such as inanimate resources in the form of land, minerals, agricultural produce or man-made commodities, tools and artefacts or services that have intrinsic value or command a price in exchange transactions. He gave no explanation of how he arrived at this figure and if he did give any, it has not survived to reach us. However, two aspects are clear.

⁸⁷⁸ Export surpluses or factor incomes from abroad cannot always be engineered to alleviate the situation if returns on foreign direct investments and export competitiveness are not assured. Such a predicament can be reached in the course of demographic transition or economic traverse or by a combination of both.

⁸⁷⁹ The logic of free trade rests mainly on overcoming such economic barriers whereas sovereign political power arose from how many persons could be drafted for war.

⁸⁸⁰ For our purposes, the notion of municipality, community, area, region, and self-governing entity may be inter-changeably equated or functionally and spatially differentiated, as required.

⁸⁸¹ In Finland, spatial demarcation is required to take into consideration that it advances the cause of services expansion, social capital, economic activity, livelihoods, and local fiscal autonomy. Spatial demarcations and the local governance structure in Finland so guided by the Local Government Acts (Kuntalaki 395/1995; Kuntajakolaki 1196/97; HE 129/2001) can be changed. The main aim of national statutes is to mandate local authorities with responsibilities for promotion of well-being and sustainable development in their areas. I am not aware of any study that has compared such enabling national statutes across the EU-25 to ascertain the scope for reform.

The number is not arbitrary and has certain interesting properties from the perspective of thresholds at which human capacities for communication transcend into large group dynamics in human populations (Miller, 1956). It is the smallest factorial size ($7!$) of limits of large group collectivities (between $7!$ and $12!$) divisible by all the natural numbers from 1 to 10. By multiplying $7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$, we get 5040, which is the smallest number for a functioning large group to organise itself in the greatest variety of associative forms that plurality of roles require for democratic functioning in a community. Until the last century, churches recognised this number by instituting bell combinations between 7 and 12 to ring in Stedman trebles ($7! = 5040$) corresponding to typically served parishes of a minimal size of 5040. More recently, population biology suggests that this could be the minimum number of humans required in a population to safely reproduce the next generation with safe degrees of distance for the population not to be plagued by genetic infirmities of in-breeding populations. No communities below the threshold size of 5040 ever applied to be “free communes” in any Nordic country (which implies freedom from a range of State control measures). If this revealed preference of local communities is any indication, communities with a population size of less than 5040 consider themselves, *de jure*, self-governing but lacking the confidence of *de facto* autonomy. As previously noted, inter-generational continuity is constrained by NRRs under 2.1 and public goods deliveries are constrained under population sizes of 8,000. Taking other factors into consideration, the minimum population size threshold required may be higher, for instance, if the net reproduction rate (NRR) is less than 2.1 children per female required for inter-generational continuity⁸⁸².

From a demographic perspective, vulnerability for a community arises in two respects. Firstly, a community may depopulate due to out-migration, particularly outmigration of fertile couples in the reproducing age-groups or due to such a chronic decline in birth rates or such a sharp rise in death rates that birth rates are exceeded by death rates over a timespan that depopulates the locality. The population size in many communities may already be below the threshold for replacing the population from within. Secondly, a community may depopulate if its age-structure is loaded in favour of cohorts that are too old or too young and there isn't any incentive left for the remaining age-groups for any marginal benefit from economic livelihood that would not, for instance, be obtained at guaranteed entitlement levels at more preferred locations where new opportunities could arise in the future.

Organisation theories about management, systems analysis of governance limits and ICT research on limits to control and communication also point to an upper limit which has never been precisely determined but is known to lie between half a million and one million inhabitants from the observed partitioning of urban agglomerations, particularly satellite rings and zones around national capital regions like Madrid, Helsinki, Paris, Rome, Brussels, Prague, Copenhagen and London and cities like Stuttgart, Manchester, Köln, Hamburg, and Amsterdam. There is a technical limit of about one million persons beyond which personal data security cannot be organised (Anderson, 2001). In urban agglomerations, stresses already appear when the number of inhabitants exceeds half a million in Europe. Elsewhere, the division of megacities like New Delhi, Mexico, Shanghai, Mumbai into smaller governing wards and the sub-division of provinces also supports

⁸⁸² The following NRR values for some of the European countries are indicative of the situation: Iceland (1.99), Norway (1.84), France (1.77), Finland (1.74), Denmark (1.73), Britain (1.68), Belgium (1.61), Sweden (1.50), Portugal (1.49), Switzerland (1.48), Poland (1.37), Germany (1.36), Austria (1.32), Greece (1.30), Romania (1.30), Estonia (1.24), Spain (1.20), Italy (1.19), Czech (1.13).

the notion of an upper limit for inhabitants within one self-governing area. The European experience of large administered regions like Veneto, Bavaria, Kainuu suggests that the density of population is not a significant issue and that the upper limit may have less to do with economic resources and more with management processes, structures and systems culturally reinforced in a habitat.

II Market risk, efficiency risk, dependency risk

Communities require to maintain a healthy dependency ratio to enable them to function as economic spaces with economically active age-groups and labour markets such that public expenditures can be financed and social insurance actuarially funded at the level of local communities corresponding to quality of life indicators guaranteed as national entitlements. Dependency ratios can be measured by adding the population below 18 years of age and above the working age (65) and dividing this by the economically active population (18-64). In this manner, by taking into consideration, capabilities and entitlements, demographic fragility can be evaluated for context-sensitive policy choices.

In Sweden and Norway, particular attention was given to worker-pensioner ratios and to the ratios of working adults to children under 18. The current worker-pensioner ratio in Finland is 4.5:1. Maintaining the same ratio beyond 2011 requires filling an annual shortfall of about 190,000 workers per year that translates into a decennial shortfall for the decade 2010-2020 to about 2 million persons (Saksa, 2000, based on SII and Statistics Finland). However, there is no reason to maintain the worker-pensioner ratio at 4.5:1 if improved productivity would allow disposable real income to be increased with a smaller workforce than at present. Economists are not all of the same opinion that productivity increases would compensate for the adverse ratios. The Population Division of the UN Secretariat's Department of Economic and Social Affairs has estimated that Europe would need 135 million immigrants by the year 2030 to maintain a healthy worker-pensioner ratio at 5:1. Without migration, the worker-pensioner ratio in much of Europe would be 2:1 by 2030. Shift in the age cohorts visually suggest that inter-generational burdens cannot be assumed to be bequeathed as before and that such age pyramids could make local communities (where the angularities are more pronounced or where out-migration on the scale of 1968-72 occurs) extinct much earlier. This is why we need to disaggregate the national averages to social units in the community.

More than half of the currently constituted Finnish communities have adverse age-structures with high dependency ratios exceeding 70 percent and the situation gets worse with time as projections upto 2015 indicate. The skewed age cohorts and the abnormalities inherent in the nature of demographic shock ahead would make age-pyramids obsolete in the sense that they no longer look like pyramids at all (Mathur, 2001, p.15). Where they resemble concave hour-glasses, with missing or slimmed age-cohorts in the reproductively active and economically active age-groups, there is little chance that communities could raise a next generation. Such communities would cease to be inter-generational continuities and become old people's habitats until whole areas fall depopulated. The cultural risk inherent in this is as serious as the economic and social tragedy that such a situation would entail.

III. Fiscal risk, democratic autonomy risk

The provisioning of public goods, particularly merit goods and the production, distribution and

consumption of private goods and services at competitive prices are central to life in any community. The principle of subsidiarity would suggest that this is expected to be organised in and by local communities, supported by national fiscal transfer systems. In some communities, the availability and affordability of goods and services corresponding to a legitimately aspired threshold of quality of human life (determined locally or nationally) may be constrained by I and II above under assumptions of democratic self governance without external subsidies. Chronic dependence on external subsidies entails risks of exploitation and peripheral subservience. Exploitation can take several forms including but not limited to adverse terms of trade for goods and services of economic value of the region, oppressive tax rates and unjust extraction of higher tax from taxable inhabitants. The civil obligation to pay whatever level of taxes are levied has been kept as a sovereign prerogative beyond the pale of contest by the European Court of Human Rights ⁸⁸³.

Centre-periphery relations at various levels of government are a crucial determinant of the degree of exploitation and tax oppression because each level of government tries to shift the burden of financing away from itself while preserving as much freedom as possible to make and implement rules. In Nordic countries, the responsibility for promotion of well-being of inhabitants and the sustainable development of the municipal area has been devolved by the State which entrusts this responsibility squarely to the municipalities. This has provoked mixed responses, raising the question of whether economic democracy is a matter for the local community or the national community. With the derogation of earmarked subsidies for different aspects of well-being into a general subsidy to different communities based on a formula similar to the German system, the responsibility for resource allocation of the reduced subsidies is now with the local communities—many of which have a weak economic base and have to pay for services bought from joint municipal boards at full cost.

Local government expenditures more than doubled in the last four decades but the outlay on public investments shows no such increase. A budget deficit is bearable in the short or medium term for any particular community which is part of a federal system of fiscal transfers, under two specific conditionalities. First, such a risk cannot be assumed in perpetuity without inviting a political risk or a democratic deficit, even both. Second, the assumption that there are always transferable surpluses from other communities becomes questionable if a large proportion of communities are deficit regions or the size of the deficit, in the aggregate disables the functioning of the transfer mechanism itself.

Equalisation subsidies compensate for dispersions in income per capita and local taxes per capita such that per capita consumption of public expenditure falls within a very narrow range. If income or consumption were used as indicators of spatial inequalities, it would seem that there are hardly any spatial inequalities. However, if income and tax receipts per head are regarded as an economic indicator of the resource generated within the community, there are significant differences related to the size of population.

⁸⁸³ The minority report of judges dissenting in the 11- 6 decision in the case of *Ferrazzini v. Italy* (44759/98) at the European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 July 2001, correctly observed that in a democratic society, taxation must be based on the application of legal rules and not on the authorities' discretion. This argument is even stronger when the contest is not about the budgetary laws that fix a level and mode of taxation but about arbitrary imposition of demands that erode property rights without a chance of scrutiny of procedural guarantees, civil obligations of the State, or unjustified pecuniary losses to people.

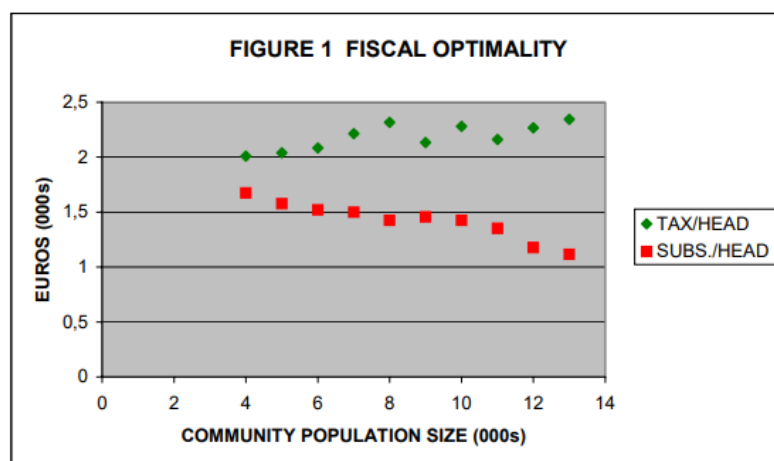
By separating communities of each region below the population threshold of 5040 in one group and those above 5040 in another group, it is possible to examine whether this population size threshold difference accounts for differences in levels of income, taxes, central subsidies, and consumption. In Finland, the receipts of tax per head in communities with population above 5040 are, on average, clearly higher than others. Communities below the population threshold size criteria struggle to generate Euro 2000 per capita for the pooled resource base. In contrast, communities above the population threshold size are comfortably placed between Euro 2100 and Euro 3800 per capita, with a population-weighted average closer to Euro 3000 per capita. The subsidies are also significantly lower in these communities in every region.

To determine fiscally optimal size of Finnish communities the population of all 446 communities was aggregated into context relevant population size between 4,000 and 13,000 at intervals of 1000. The fiscal situation of a Finnish local community improves with size only upto an upper bound of 8,000. Beyond this population size of 8,000, it fluctuates. This suggests that the increasing returns to scale do operate in the range 4,000 to 8,000 which points to the desirability of consolidating fiscal units to a size upto 8,000 inhabitants without any hesitation.

A greater economic activity and higher tax base can be noticed also in communities over 8,000 (particularly, urban centres) but it does not appear to be derived from population size and other factors could provide better explanation beyond this threshold. These would include the population structure, economic activity, labour market, quality of local governance, productivity of social capital, and the adequacy of infrastructure. The State subsidy per head required continues to decline beyond 8,000 without any upper bound constraint. Upper bounds of community sizes, *ceteris paribus*, do not impose constraints or barriers to economic prosperity and consolidations in the size classes observable in Nordic Europe (except in national capital regions), leaving open the question of maximal bound to be investigated elsewhere.

IV. Economic inactivity risk, labour market risk

The purpose of economic activity is to increase the well-being of individuals through appropriate



economic structures that are able to do it (Stiglitz, 2002). A functional economic region is a location where inhabitants in the economically active age-groups are able to work. The demand for labour is a derived demand from maintaining or expanding the supply of goods and services. This

risk is fundamentally unresolvable without increased economic activity through productive investments.

In the efficiency approach vigorously adopted in the European Union's "single labour market" and in national labour markets (associated with weakening trade unions during the 1990s), discipline at the work place occurred via the threat of unemployment in private employment. During a period of budget cuts in public spending, rents consumed by "insiders" became dependent on maintaining "unemployed outsiders" (at the cost of wage-earners' funds or the State) and part-time insider-outsiders at or about statutory minimum wages. Output without employees and income without employment are both accomplished through disguised employment which conceals the magnitude of the labour market risk⁸⁸⁴. In the Sweden and Finland cases, the discrepancy between unemployment as measured by EUROSTAT and that which is publicly acknowledged by their governments has been between 7 percent and 16 percent during the period 1994-2003.

When the real average wage rate is not adjusted to correspond to productivity, mass unemployment can persist until the real growth rate of the economy (which depends, *inter alia*, on exports, factor incomes from abroad, domestic and international investments and the returns of such investment) is high enough without factoring in reductions in labour intensity. The inflation aversion of the European Central Bank makes it unlikely that macro-economic policies would have much contribution towards creating conditions for increasing the rate of growth in the near future. Regional economic policies have a more important role to play also in this context.

The population threshold insufficiency is found strongly associated with a lower economic activity as measured by the surplus of the labour force over the derived demand for labour. An increase in economic activity through more investments and a higher productivity for such investments requires to be predicated on a minimal threshold of social capital. Thus Category I risk and Category II risk need to be resolved first. Resolving these risk categories, while necessary, may not be sufficient to resolve Category III risk. Category II and Category III risks are unsolvable in many EU NUTS 5 regions without new internationalisation initiatives. The European labour market does not adjust much through migration of the labour force between different communities. This strikes at the very core of portability of capacities and entitlements- a feature of decentralised social capital and incentive for local solidaristic initiatives. Restructuring of self-governing communities into units of democratic autonomy as viable social habitats and economic hubs is therefore a complex problem.

V. Logistics risk

A growing body of literature supports the notion that areas to which economically active age-groups commute to work could be included as the functional area for infrastructure planning and labour market policy (Andersen, 1999; 2002; Norstrand and Groes, 2001; Coombes et al, 1986; Casado-Diaz, 2000). Communities need transport and communication links and other institutions, logistics and infrastructure for consumption security to correspond to income security through capacity to organise marketable services and provide for public goods and social welfare. At the

⁸⁸⁴ The notion of 'working non-employees' as disguised employment was introduced into the literature by the author in 1989 and the concept was recognized by ILO's World Labour Report, 1990.

same time, highly developed transport and communication systems make people footloose and increase the density of population around urban agglomerations converting metropolises to megapolises like Malmö-Copenhagen.

Many local communities could not have arisen without the development of the railway network and dispersed communities could not thrive without it⁸⁸⁵. The problem of subsidising uneconomic passenger services that link vulnerable marginal communities is severe in Europe. Railway systems are poorly supplemented by inland water navigation even in countries with large waterbodies. The contraction of public transport services and their assumed substitution by private actors as a measure of liberalisation also affects transportation and habitats. For example, on the Seville-Madrid rail link, there is only one train a day at the published fare and the contracting firm operating the rail link does not accept tickets purchased from the rail network and charges its own higher fare.

Social bonds are diluted when outmoded industrial occupational categories are replaced with new service professions of a knowledge society. Home-working and alienation from real communities towards more isolated and virtually networked linkages push the older age-groups to marginalised existence of subsistence in fragile under-resourced localities where consumption may become uneconomically prohibitive. Not everyone of all ages can be connected to the web by positioning a computer and opening an account with an internet service provider.⁸⁸⁶

VI. Social capital risk

Logistics and infrastructure in the form of physical capital are important but in the nature of what economists call 'sunk costs' and at no limit can physical capital substitute for social capital. Valkeakoski in Finland is a good example of a community with plenty of empty buildings, the highest tax rate in the region, and a near-bankrupt municipality that has cut back its spending on healthcare and education.

The population-centred approach to sustainability emphasises the significance of fertility and kinship systems and structures, age-structures, dependency ratios, value added by an economically active population and value distributed among its constituents to individual persons and members of families and households. It is also consistent with the primacy of society over economy, the embeddedness of economies in societies and institutions, and is based on communication within and across communities about needs and interests. Needs and interests in communities tend to converge through the logic of collective action (Olson, 1971), moral sentiments valued by the community (as in Smith, 1759 which preceded his more famous work on the wealth of nations), and the accumulation of social capital (Kajanoja and Simpura, 2000). This would be the case in every community where constituents act out motives with their political powerbase and thereby structure incentives to make and implement long term and inter-generational investments at the location of the community.

⁸⁸⁵ For an analysis of the correspondence between dwindling communities and axed railway linkages, see Mathur, 2001 pp 12-13.

⁸⁸⁶ Many elderly persons cannot grip a mouse and navigate with it or use a keyboard with the standards of visual acuity and motor coordination required. This could be the case even if they previously used computers. Computer interfaces designed by the young for the young are constantly updated. It is difficult to provide adequate support at home into the use of newer tools, software, protocols. Besides, an elderly pensioner may prefer a wheelchair drive to a neighbourhood bank as part of her well-being to check if her pension has arrived, than a vegetable existence in front of a computer screen in her home.

Proposals for consolidation of areas into larger units of local governance draw criticism that this would reduce local democratic representative participation, and create unmanageable large units. In Haveri's opinion survey, 18 in a small community of 50 political representatives consulted were interested in local community governance to make the time to answer two questionnaires (Haveri, 2003). A small size is no guarantee of representative political participation on issues if civil society is weakly developed or poorly informed. Transactions costs would be lower if trustful relations can be built easily in small communities. However, transactions costs can be higher in smaller communities if they are unable to organise the needed flows of privately marketable and publicly delivered goods and services. The deciding factor is the cost required to organise generalisable trust. Studies have found generalised trust in Nordic countries to be lowest in Finland and Iceland (Bjornskov and Svendsen, 2002). Benefits of small communities are more easily outweighed by transactions costs to organise services in such cases. When markets fail, there is a case for intervention. When an intervention requires a structure that costs more than it benefits, it usually points to the need for other structural solutions⁸⁸⁷.

Location of a community has ceased to be a question only of geography. There is recognition of "imagined communities" (Anderson, 1991) and "virtual communities" (Raymond, 1999). The extent to which imagined or virtual communities may supplement or substitute real communities is being tested in action- research experiments. The boundaries of the unit of reckoning for the same set of people of a community may be conceived pluralistically at different levels of functioning. In some ways this challenges the notion of a local community when sub-national provincialism competes with pan-European regionalism or inter-municipal coordination. Countries within the European Union are sovereign governance entities within which community life is commonly understood to be sub-nationally organised in its political, social, cultural administrative and economic dimensions. Forms of enduring social capital at the level of local communities are necessary for communities to be self-reliant or become self-reliant in respect of municipal finances within a foreseeable horizon if they are to be self-governing, autonomous and democratic inter-generational continuities as communities, not relief zones.

6. Early Warning Signals

The sustenance of services, and indeed their expansion, to serve an ageing population would require communities to be of an economic size from the perspective of both consumption security as well as public delivery of services at an affordable transactions cost. Even if income security could be arranged (and there are many ways for sovereign governments to do that, including borrowing), consumption security requires networks, markets, and institutions to be functioning in the locality⁸⁸⁸. By knowing which communities are at risk for outcomes and consequences from which they are sheltered and to what extent such sheltering is currently effective and sustainable, we can identify communities stressed by risk factors before decline in human well-being may be

⁸⁸⁷ For example, the unemployment office (*Työvoimatoimisto*) is the largest employer in Utsjoki. Unless it were itself to be expanded and thereby employ all the unemployed, the only proper solution would be a structural solution that could stimulate the derived demand for labour to clear the labour market.

⁸⁸⁸ In regions like Pirkanmaa of Finland, most of the service providers closed their shops in localities like Kuorevesi, Luopioinen, Kihniö, Jämijärvi, Suodenniemi, Äetsä, Vesilahti, Sahalahti and Kylmäkoski, by the year 2000 (Mathur, 2001). Basic health services and other living amenities like retail banking at such locations have become a luxury. The first mentioned locality, Kuorevesi, already collapsed, and ceased to be a local self-governing unit with effect from 1st January 2001 and was annexed to Jämsä.

measurable from indicators of outcomes and consequences, if the impact of these risk factors were to be experienced without cushioning.

By doing so, we expand the scope of public choice in the arenas for policy intervention. If risks for well-being can be measured from spatial inequalities of endogenous capacities independent of outcomes and consequences, it should be possible to use this framework more generally. If the adequacy of tax base is better assured with bigger sizes of local communities, this is a matter of administrative, civil and political reorganisation within the capacity of the government to implement. However, 'how much bigger' is a question that could be inquired by analysing the empirical evidence with reference to risk criteria and gains and losses from scale effects.

7. Comparative European Experience

Regions in Europe are organised at various EU NUTS levels from 1 to 5 and follow a diversity of traditions. For convenience, regional development strategies can be stylised into five kinds:

- (a) Perrouvian growth-poles. Examples: Stuttgart, Toulouse, Milano.
- (b) Transport-Storage-Networks nodes based on 'omphalos syndrome', where regions value location as an industrial or logistics hub at the cross-roads of major connecting networks. Examples: Bavaria⁸⁸⁹, Creuse⁸⁹⁰, Veneto.
- (c) University towns aiming to be major biotechnology hubs of the future with science parks in nutrition or other life sciences. Examples: Martinsried, Groningen, Leuven, Åbo, Cambridge.
- (d) Peripheral locations that consider tourism as their mainstay. Examples:
Sotkamo, Corsica,
- (e) Satellite townships near metropolitan centres. Examples: Malmö, Vantaa,

8. Conclusions

Since the imminent collapse of communities causes deterioration in quality of life indicators only over a period of time, this cannot be noticed at an early stage from changes in per capita consumption, in countries where incomes policies involve assumptions of full employment and fiscal transfer mechanisms. The availability and affordability of a national minimum basket of goods and services corresponding to a minimum standard of a quality of life, nationally defined, to replace a nominal support income would be a novelty in Europe⁸⁹¹. A high cost of living can easily be confused with a high standard of living if absolute indicators of quality of life are not used (Ahonen, 1995; Matthan, 1994). However, the specification of what is to be sustained is not always straightforward (Anand and Sen, 2000).

⁸⁸⁹ Bavaria is served by two international airports, Munich and Nuremberg, autobahns and the Rhine-Main-Danube navigation system that links the Black Sea ports with the North Sea ports.

Bavaria has a GNP exceeding 19 of the 25 EU member-states.

⁸⁹⁰ The French acronym for the demographic projections model for Creuse is curiously called 'OMPHALE', a reminder of the Greek relic at Delphi from where the name of the syndrome that 'all regions consider themselves to be at the centre' originates.

⁸⁹¹ This way of benchmarking entitlements, including pensions was highlighted in a UNU-WIDER study 'The Future of Work' prepared for the Heads of Governments' Social Summit in Copenhagen (Mathur, 1995).

Consumption declines, poverty indices, deterioration of healthcare and education, bankruptcies of local authorities, and unsustainable losses through high transfer payments can be determined with certitude only when it is too late to do anything. By using the tools suggested in this paper, it should be possible to identify debilitating endogenous incapacities at a disaggregated spatial level through the risk criteria proposed. If the appropriate first intervention is new spatial demarcation, it need not get swamped by the rush to divert resources in the nature of artificial respiration to terminally sick communities with no possibility of resuscitation.

In the worst cases, recourse to an external borrowing strategy entailing high costs would be required although hard to justify if that debt is passed on to the next generation. It would resemble a war loan without a war. I suspect it could be a convenient default solution for politicians of the next decade to sell as an inevitability and blame their predecessors for myopia.

The dilution of deferred claims by raising the retirement age could be justified on grounds that people live longer, and are able to lead healthy active lives in which they may continue to work longer than before. This would ease the pressure on disbursement of pensions provided other incomes were earned. But the trend favours early retirements.

Programmes that transfer resources from a later generation to an earlier generation, and from a younger age-group to an older age-group need to envisage the incentive for participation in them (Mckerlie, 2001). This participation cannot be forced because out-migration of talent may occur despite the scope of such programmes being universalised nationally. Some assumptions about inter-generational equity are a necessary part of any dynamic construct of well-being. Life after economically active periods is a stage not limited to the current age-cohorts over which a population is found distributed. People cannot be blamed for growing old, a factor for which they are not responsible. The prospective quality of lives as a whole should be our concern, not merely the distribution of particular rewards to individuals by an age criteria at a point in time. The spatial inequality with regard to dependency structures requires policy choices to be made that keep the lifetime quality over different stages of life above a guaranteed standard basket of entitlements with trade-offs between what is appropriated by different generations.

A critical resource allocation decision would be the allocation to the needy old at any given point in time versus an equalisation formula that merely equates the average quality of life over a life span. This decision would have to be jointly made by the initiatives of communities and the capacity of the State for perpetual fiscal transfers in respect of communities facing dependency structure risk. If the decision is such that an elderly person should receive no more or no less than what a current young, on average is provisioned for her old age, there may be a need to reorganise some services rightaway. If this is not a preferred solution, then communities in particular, and the State, as a whole would need to raise the pool of deferred resources through increases in taxation and other forms of forced savings commensurate with improved labour market efficiency.

There are two ways labour market efficiency can be improved- by raising labour productivity and by increasing the population in the economically active age-groups with full employment of the labour force. If the derived demand for labour cannot be stimulated by competitive conditions through more domestic and foreign capital investment in productive forms, the physical assets and human assets accumulated cannot be regarded as an adequate form of insurance for

continued well-being. Adult dependency that arises in competitive markets where competence is valued can remain a condition to be inter-generationally managed (Sennett, 2002).

The third possibility, international in-migration remains a 'no-no' in much of the EU. Countries like Germany that encourage professional in-migration are not successful in attracting educated talent compared to the 1960s when they mainly sought unskilled and semi-skilled labour. The implicit suggestion in many European texts (for instance, Esping-Andersen, 2002) that EU societies will rely on immigrants to do the unskilled work while natives upgrade skills to do more interesting and rewarding jobs is fraught with unstated assumptions that bear little resemblance to the immigration policies actually practised.

The most promising strategy would be a fourth alternative that identifies self-governing communities rendered fragile by spatial inequalities that present risks for their viability in their present form. If the problems of sustainability are unresolvable except by domestic fiscal transfers in perpetuity or there be doubts about the sustainability of fiscal transfer mechanisms on this scale indefinitely, a beginning can be made by restructuring spatially demarcated habitats and consolidating or reorganising communities into viable self-governing entities. By introducing the spatial dimension and hypothesising lower and upper bounds for spatial demarcation of self-governing entities, this paper, with its limited objectives, only presented the logic for the design of early warning signalling systems based on endogenous capacities that are characterised by demographic size and structure.

There can be several ways risky communities may be consolidated and the non-risky ones made healthier. Ultimately, it is an open political question in any democracy. The province of scientific determination and the province of political will may overlap but they do not always do so.

9. References

- Ahonen, Pertti (1995) 'Elephant in the porcelain store: delegitimation tendencies in the welfare state' in Kirsi Stenvall (ed.) *Welfare and State*, Research Institute for Social Sciences, University of Tampere, pp 9-28.
- Anand, Sudhir and Sen, Amartya, (2000) "Human Development and Economic Sustainability" in *World Development*, Volume 28, No. 12, pp 2029-2049.
- Andersen A.K. (1999) *Modelling commuting and residential location-spatial interaction models in Location and Commuting*, Ph.D thesis, Institute of Economics, University of Copenhagen.
- Andersen, Anne Kang (2002) 'Are Commuting Areas Relevant for the Delimitation of Administrative Regions in Denmark?', *Regional Studies*, Volume 36.8, pp 833-844.
- Anderson, Benedict (1991) *Imagined Communities*, Revised Edition, Verso, New York.
- Anderson, Ross J (2001) *Security Engineering*, Wiley, New York.
- Bagnasco A. (2001) 'Trust and Social Capital', in K. Nash and A. Scott (eds.), *The Blackwell Companion to Political Sociology*, Blackwell, Oxford.
- Begg, I and Berghman, J. (2002) 'EU Social (Exclusion) Policy Revisited?', *Journal of European Social Policy*, 12 (3), 179-194.

- Bhaduri, Amit, (2000) Nationalism and Economic Policy in the Era of Globalisation, UNU-WIDER Working Paper 188, Helsinki, July.
- Black, Jim Nelson (1996) When Nations Die, Marion Meyer, New York.
- Bjornskov, Christian and Svendsen, Gert Tingaard (2002) Why Does the Northern Light Shine so Brightly?, Department of Economics, Aarhus School of Business, Working Paper, Denmark.
- Casado-Diaz J.M. (2000) 'Local Labour Market Areas in Spain', Regional Studies, Volume 34 (9), pp 843-856.
- Cerny P. (1999) 'Globalisation, governance and complexity', in A. Prakash and J.A. Hart (eds.), Globalisation and Governance, Routledge, London.
- Coombes M.G, Green A.E and Openshaw S. (1986) An efficient algorithm to generate official statistical reporting areas, Journal of Operational Research Society, Volume 37, pp 943-953.
- Daly, Mary (2003) 'Governance and Social Policy' in Journal of Social Policy, 32 (1) pp 113-128.
- Dasgupta, Partha, (1993) 'The commodity basis of well-being' in An Inquiry into Well-Being and Destitution, Clarendon Press, Oxford.
- Esping-Andersen, Gösta (2002) Why we need a new welfare state, Oxford University Press.
- Guillen, Ana M and Bruno Palier (2004) 'Does Europe matter ? Accession to EU and social policy developments in recent and new member states', Journal of European Social Policy, Volume 14(3), pp 203-209.
- Haveri, Arto, Laamanen, Elina and Majoinen, Kaija (2003) Kuntarakenne muutoksessa? (in Finnish), Suomen Kuntaliitto, Helsinki.
- Heidenreich, Martin (2003) 'Regional inequalities in the enlarged Europe', Journal of European Social Policy, 13(4), pp 313-333.
- Kajanoja, Jouko and Simpura, Jussi (2000) Social Capital-Global and Local Perspectives, Government (eds.) Institute for Economic Research, Helsinki.
- Maas, Arthur (1959) Area and Power: A Theory of Local Government, Free Press, Glencoe, Illinois.
- Mathur, Ajeet (1995) 'The Improbability of Full Employment' an invited contribution to the preparatory set of papers for the Heads of Governments' Social Summit, Copenhagen, March 11-12, in Mihaly Simai (ed.) The Future of Work (Volume II, pp 154-177), Zed Books.
- Mathur, Ajeet (2001) Are Finland's Local Communities Sustainable Without Internationalisation? Series A3:35, University of Tampere.
- Mathur, Ajeet, Ryyänen, Markku, and Nystedt, Arne (2003) Communities at Risk, Tampere University Press.
- Matthan, Annikki and Jacob, (1994) Handbook for Survival in Finland, Findians Oy, Oulu.
- Mckerlie, Dennis (2001) 'Justice Between the Young and Old', Philosophy and Public Affairs, Volume 30, Number 2, Spring, pp 152-177.

Miller, George A., (1956) 'The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on our capacity for processing information' in *The Psychological Review*, Volume 63, No.2, March, pp. 81-97.

Miller, James G. (1978) *Living Systems*, McGraw Hill, New York.

Norstrand R and Groes N (2001) *Det fremtidige kommunestyre* (Local Government of the Future, in Danish), AKF Forlaget Copenhagen.

Olson, Mancur (1971) *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Raymond, Eric (1999) *The Cathedral and the Bazaar*, O'Reilly, Sebastopol.

Saksa, Markku (2000) 'Finland's Migrant Requirement is over two million: Ten jumbo jets a week incoming in 2012?', *Helsingin Sanomat, International Edition*, 3.10.2000; for its Finnish version, see *Helsingin Sanomat*, 30.9.2000, page B.1.

Schumacher, E.F., (1976) 'A Question of Size' in *Small is Beautiful: A Study of Economics as if People Mattered*, First Published, 1973, Blond and Briggs, London, Sixth Reprint, pp. 57-68.

Sennett, Richard (2002) 'On welfare & the psychology of dependence', *Daedalus*, Summer, pp. 126-131.

Simpura, Jussi (2000) "State-Penetrated Civil Society and Social Capital", in Kajanoja, Jouko and Simpura, Jussi (eds.), *Social Capital-Global and Local Perspectives*, Government Institute for Economic Research, Helsinki, pp. 123-126.

Smith, Adam, (1759) *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford, bicentenary edition, Oxford University Press, London, originally published, 1759.

Stewart, Kitty (2003) 'Monitoring social inclusion in Europe's regions', *Journal of European Social Policy*, Vol 13(4), pp. 335-356.

Stiglitz, Joseph E., (2002) 'Employment, social justice and societal well-being', *International Labour Review*, Volume 14(1), No.1-2, pp. 9-29.

Strömberg, Lars, and Westerståhl, Jörgen (1984) *The New Swedish Communes*, Lerums Boktryckeri AB.

Social Rights under the European Constitution: Comparing Ideal-typical Models of European Federalism*

Stefano Giubboni

1. Introduction: a theoretical comparison of ideal-typical models of the European multi-level constitution	343
2. The neo-liberal model of "competitive federalism"	344
3. The neo-socialdemocratic model of "solidaristic federalism".	346
4. The mixed model of "co-operative federalism"	349
5. Conclusions	351
6. Bibliographical references	353

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 29/2005

1. Introduction: a theoretical comparison of ideal-typical models of the European multi-level constitution

The current discussion on fundamental social rights within the context of European constitutional reform is stimulating and rich. Fundamental social rights have been at the centre of a rich and imaginative academic and political debate since the end of the 1980s and particularly during the 1990s (see amongst others Däubler 1991; Lord Wedderburn 1995; A. Lyon-Caen and Simitis 1993; Rodríguez-Piñero, Casas 1996). Labour and social security lawyers have intensively participated and contributed to this debate, invoking and stimulating constitutional reform at European level (see especially Bercusson *et al.* 1996; Blanpain, Hepple, Sciarra, Weiss 1996, and the so called Simitis Report: Commission EC 1999).

More recently, the focus of attention on social rights in the European constitution has been on the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU) and its prospects for incorporation in Part II of the draft Treaty establishing a Constitution for Europe (see Kenner 2003b; Sciarra 2004). Much of the most recent debate on the constitutionalisation of fundamental social rights at the highest normative level of the European legal order has been about the legal relevance and normative weight of EU social rights *vis à vis* the fundamental market freedoms traditionally guaranteed by the Community economic constitution (Poiarés Maduro 1998; Baquero Cruz 2002; Sciarra 2003). The issue of re-balancing negative and positive integration (Scharpf 1999) by protecting fundamental social rights on par with economic freedom and free competition principles has re-gained momentum with the Nice Charter and with its insertion within the new European constitutional Treaty approved by the 2004 Intergovernmental Conference.

In this context, the newly drafted Preamble of the Charter and Article II-112 of the draft Treaty establishing a Constitution for Europe have, for instance, attracted criticism by labour lawyers inasmuch as they might weaken the level of constitutional protection of social rights. The newly inserted distinction between (true) rights and (mere) principles (Article II-112.5) seems indeed to indicate a means of weakening certain rights - especially social rights - enshrined in the Nice Charter (see Bercusson 2003). Some worries appear again at the horizon as for the interpretation offered by the Praesidium and now very oddly and unusually inserted in the Preamble of the Charter in Part II of the constitutional Treaty and in the newly drafted Article II-112.7. The risk is that such an improper distinction could threaten the central tenet of indivisibility of fundamental (civil, political, economic and social) rights firmly established in the Nice Charter. The auspices are that these amendments of the text of the Charter will not weaken the important interpretative potential of social rights and principles within the European Constitution (see Giubboni 2003b).

In my contribution I shall leave these issues aside to focus on the more abstract and theoretical question regarding the place and legitimacy of social rights under the European multi-level constitution. The main focus of this paper is the question of legitimacy of constitutional protection of fundamental social rights within the Community legal order. The constitutional dimension of the relationship between social rights and the market in the context of Community integration will be accordingly considered from a theoretical point of view, leaving aside questions concerning the "effective" and "positive" dimension of social rights in the EU legal order as it actually stands. The main aim of this paper is to compare different ideal-typical models of the European multi-level constitution (Pernice 2002), comparing the different positions and roles social rights might take in the different ideal-typical constitutional stylised frameworks. The recognition and protection of fundamental social rights at the EU level opens up the question of legitimacy of

European law, which varies greatly according to the different ideal-typical models of European constitution under consideration.

The essential features of the different models will be illustrated, and their internal coherence examined, without, however, attempting to second guess future developments - whether likely or fanciful. The alternative models of federalism under consideration in this paper - "competitive", "solidaristic" and "co-operative" - should be considered as heuristic tools for normative analysis, liberally drawn from the theoretical debate on the present and future of the economic constitution, and of the European polity more generally. Even the very terminology used for this purpose - as also applies to similar examples - is chosen simply for convenience and identification (see e. g. Barnard 2000; Petroni and Caporale 2000). In particular, the word "federalism" - of which the meaning is quite broad, even vague - is used in a deliberately non-technical sense (see Pernice 1996), leaving aside its more familiar usage within the debate on the possible federal (or otherwise) future of the Euro-polity (for a recent re-appraisal of this debate see Kelemen 2004). Similarly, wherever the qualifying adjectives used coincide with those sometimes used to describe the form or historical development of particular federal States (such as the German or North American ones), they should not be interpreted as referring to any particular aspect of the debate surrounding these issues.

2. The neo-liberal model of "competitive federalism"

In the neo-liberal constitutional model of "competitive federalism", European law tends to be assigned the role of simply promoting the negative integration of national markets. Within this model, Community law has as its prime function the constitutional unification of the common market, conceived of as an economic space without internal borders. It achieves its task through the elimination of all normative barriers which interfere with the free circulation of factors of production (i.e., capital, labour, goods and services) and the free play of competitive forces. Following in the German tradition of *Ordo-liberalism*, which had a strong (but not exclusive) influence on the Community's conception of an economic constitution, supranational law, properly conceived of as "economic constitutional law", has the exclusive task of constructing and maintaining an open and competitive common market (for an account of *Ordo-liberalism* from the point of view of the European economic constitution see Joerges 1994; Everson 1999; for a theoretical re-construction see Gerber 1994; Miccù 1996; Cantaro 1999a).

According to this conception, the open and free market has been put in place and enacted by Community law, and its efficient functioning is constitutionally guaranteed. The system finds expression both in the conferral of fundamental economic freedoms on market actors, and in the firm regulation of the competitive process. The latter regulation is simultaneously aimed at preventing the distorting interference of the state and the abuse of concentrating power in the form of private monopoly.

One might emphasise the significant difference between the *ordo-liberal* conception of the Freiburg school and the liberal constitutionalism of Hayek (see Irti 1998; Cassetti 2002): indeed the latter approach tends to conceive the market as a spontaneous order - which precedes (and is not constituted by) any decisions about the institutionalisation of the market order taken by the law of the economy - and therefore to consider economic rights as natural and pre-political liberties, which exist to a certain extent independently of their constitutional recognition. Thus the law, including the Community legal order, is assigned a less significant role, or rather, a role which

is not exactly at the foundation of the common market. This divergence in approaches has important repercussions for any attempt to characterise "economic constitutional law" as the basis for the legitimacy of Community law. From the *ordo-liberal* point of view, the market does not constitute a spontaneous order, which precedes public regulatory intervention, but rather represents an entity which is politically-instituted and socially-regulated through law.

The characteristic element of this model is therefore a clear separation between the common market and the nation state, the constitutional construction of a transnational market taking place without the parallel development of coterminous mechanisms of control and imperative political correction of the market process. The result is the absence of a state-like (federal) body at the supranational level. This model is characterised, in other words, by the coexistence of a single European market and a multitude of rules of individual States applied to their own territories, without a level of political control equivalent to that in place for economic integration.

Within this model, the governance mechanism *par excellence* is the market, and the main mechanism for bringing its virtues to bear is the generalised application of the principle of mutual recognition. This principle lies at the heart of "competitive federalism", in the sense that it ensures regulatory competition between the different national political-legal systems which together form this integrated economic space. The full mobility of the factors of production, and the circulation of the information necessary to make a comparison between different national political and institutional systems, allows economic actors to make an informed and free choice between these different systems on the basis of their needs and rational preferences. The role of institutions and of the European constitutional law of the economy is precisely that of making regulatory competition possible, in the first instance by guaranteeing the freedom of movement of factors of production.

The natural convergence of the preferences of rational actors (enterprises, workers and consumers) towards the most efficient and suitable system is the ideal mechanism for the production, according to supporters of this model, of a process of bottom-up harmonisation. This process is guided by the market and is intended to select and disseminate through by imitation the best regulatory model. The likely uniformisation which is set in motion by this bottom-up, *ex post* form of harmonisation is, according to its advocates, different and better than that produced *ex ante* and top-down by heteronomous political intervention. The reason for the superiority of rules produced by this mechanism are twofold: not only is the *ex post* method an example of a "spontaneous" and "natural" process based on competition (and therefore, by definition, efficient), but also, its reliance on decentralised decisional mechanisms means that this method guarantees conformity with the principle of subsidiarity.

The Hayekian virtues of competition as a "process of discovery" (Hayek 1998) are achieved in this way. The allocative efficiency function of the integrated market is maximised, and interventions by Member States, both corrective and (especially) re-distributive, are limited by the effects of fiscal competition.

This model therefore prescribes the generalised application of the principle of mutual recognition. This implies its extension to the spheres of market regulation and labour relationships, the primary goal being to stimulate convergence on a model which is more flexible and favourable to employment growth. Thus regulatory competition on the European or international levels in the field of action of the welfare state serve to realise a process of discovery directed to identify which

system of welfare - for whatever purpose - manages to demonstrate itself economically more efficient and sustainable in practice.

Given that the supranational legal order places legal systems and national social policies in competition with each other, it does not - and cannot - deliberately set itself corrective or re-distributive tasks aimed at compensating for this decrease in the autonomy of Member States to intervene. The competitive federalism model considers Community law to be legitimate only in so far as it limits itself to ensuring the negative integration of national markets and to guaranteeing free competition in the common market. Its aim - and therefore the foundation of its legitimacy - consists simply in the creation and maintenance of an open and competitive European market.

This limitation means that Community law - understood as the constitutional law of the European market (see Joerges 1994) - cannot legitimately turn its attention to the positive integration of national welfare systems. The foundations of the legitimacy of European law are essentially found in the guarantee of individual rights (civil and economic) against interference by national public authorities (Mestmäcker 1994). This normative and functional legitimacy is based on the recognition of the fundamental freedoms of movement and the consequent guarantee of the effective functioning of the common market. The legitimacy of Community law rests on efficiency and freedom, assured by (and in) the European common market. For this reason, it does not require or presuppose the extension of the scope of supranational governance by analogy to the forms of representative or majoritarian democratic legitimacy. These forms have relevance only in the national political process.

Social rights cannot be recognised at the European level, but should remain restricted to the level of competence of the Member States, together with political rights. The reason for this is that they go beyond what may legitimately be done by Community law: they are based on value choices which are only legitimate within national democratic political processes. Since the peoples of the EU do not see themselves as one people (as a *demos*), the supranational level of governance cannot be entrusted with re-distributive functions. The EU legal order should be used to remove national barriers to access to free trade, without performing re-distributive functions. Social rights and re-distributive policies presuppose a sense of common belonging to a *demos*, which is totally lacking at the EU level.

This model suggests that the Community/Union does not suffer from a democratic deficit only to the extent that it is based on a paradigm of the formal rationality of economic constitutional law. Community action also faces the problem of the lack of democratic legitimacy wherein the EU breaks out of the functional internal limits of the paradigm of formal law of the market in order to appropriate for itself the tasks that can be carried out democratically only by national welfare states. In particular, the tasks of reallocating social power in the area of labour relationships and/or of redistributing wealth, issues currently dealt with by national social rights, are examples of those functions for which the Community does not have the necessary resources of democratic legitimacy.

3. The neo-socialdemocratic model of "solidaristic federalism"

In the neo-liberal model of competitive federalism, the social sovereignty of the Member States, even if formally preserved, is reduced to an empty vessel, deprived of substance. This model suggests that the effects of negative integration, which stem jointly from the exercise of economic

freedoms of movement and from regulatory competition between the Member States, have the clear and calculated potential to dismantle national welfare systems. Indeed, it constitutes an explicit assumption of the neo-liberal model that regulatory competition between national jurisdictions - supported by full mobility of the factors of production - produces a spontaneous convergence towards the system which is considered most efficient by the market.

The progressive coalescence towards the "lightest" or "lowest" (national) social standard is seen as the natural and favoured outcome of the competitive process placed at the heart of this constitutional model. The truly liberal virtues of the model are visible in the restriction of public expenditure (including social spending) to a minimal level, which results from the "Leviathan-taming" effects, which are inherent in fiscal competition.

The model of "solidaristic federalism" arises from preoccupation regarding the progressive decline in the social sovereignty of the Member States, which is one of the indispensable sources of their democratic legitimacy. This model advances a radically different alternative to the simple negative integration of markets. It asserts the need to rebuild at the supranational level those very capacities of political control of the economy which have been lost (or at least diminished) at the national level.

This model emphasises the aim of the full positive integration of national welfare systems with the objectives of creating a European sphere of social protection policies, as well as "an Europe-wide sphere of entitlements to a decent livelihood" (Leibfried and Pierson 1994, p. 20) through the construction of an authentic political and democratic government of the common market. This institution would have substantial capacity to modify the distribution of life chances at the only level which now appears functionally adequate, that is, the supranational level.

The European Union should - in this perspective - assume all the characteristics of a federal welfare state, equipped with a political constitution which is capable of bringing together the diverse traditions which already today come together to form the substantially unitary "European social model". The single market must be accompanied by corresponding full federalisation of the foundations of social citizenship. Their regeneration at the European level will put a halt to the erosion of the legitimacy of individual European welfare states. European law should be able to draw its own legitimacy from a political constitution, which expresses the democratic will of the peoples of Europe and gives form to their pact of solidarity.

According to this model, economic-functional and technocratic rationality, which the neo-liberal model uses to demonstrate the legitimacy of Community law, fails on two grounds. First, it does not succeed in explaining the full extent to which European integration has already taken place. Second, it is not able to justify the increasingly strong pressure which is being placed on national democratic political processes, especially concerning questions of social justice. It is based on a "normatively-reduced concept of the person" (Habermas 1999, p. 77), which only considers the instrumental rationality of the subject as an economic actor and is absolutely incapable of aspiring to the idea of equal respect for the human dignity of everyone, the notion which the recognition of fundamental social rights depends upon.

According to the neo-socialdemocratic model of solidaristic federalism, therefore, re-imposing political control over the Community's process of economic integration requires the creation of a European welfare state. This supranational state must be democratically legitimated in order to carry out those solidarity and social cohesion functions which today fall to the individual Member

States. The transfer of this role may be justified by reference to the ever greater difficulty which the individual Member States have in effectively discharging their social functions.

The achievement of European political union – necessary for the governance of a market which has reached full integration with the advent of the single currency – would find its most characteristic expression in the construction of a supranational welfare state structure, aimed at offering the citizens of Europe a high level of social protection.

The solidaristic federalism model implies, according to neo-Keynesian logic, the restoration of a centralised management capable of regulating overall demand. To this end, the Union would need to be equipped with an adequate budget and its own fiscal resources to the degree necessary for its goals.

Its most ambitious version calls for the development of a system of industrial relations and collective bargaining ("Euro-corporatism") on a pan-European scale. This system would lead to the federalisation of the principal programmes of social protection (e. g., minimum wage, unemployment insurance and pension protection) and to the harmonisation of the highest standards which currently exist to govern the employment relationship. The European constitution – which would be hierarchically superimposed on those of the Member States – should contain an extended catalogue of social rights which are fundamentally *common* (that is, uniformly applicable across the entire territory of the Union) and immediately justiciable.

A Europe which might be considered the "Scandinavia of the world" could put itself forward as the only global subject which is really capable of taking part in the political governance of economic globalisation. It would then offer social security and social protection to all Europeans against the most destabilising effects of globalisation, taking as its reference point the historic gains made by the democratic welfare state.

Europe needs to be aware of its possibilities, to regain its former solidaristic identity and to pursue its vocation of civilising the capitalist economy through social intervention. A rediscovery of its "social self" (Poiares Maduro 2000), taking full advantage of the potential set out in its "foundational moment" (*ibid.*, p. 149), would assist the aim of creating a post-national democratic constitution based on the principles of liberty, substantial equality and solidarity. The constitutional moment of the EU draws its *raison d'être* from the exhaustion of the functionalist model and its incapacity to legitimate the actual political and institutional developments at the heart of the Community.

Re-distributive and social cohesion functions have for some time been carried out to a significant degree at Community level. This demonstrates that the Community is already perfectly capable of bringing about that abstract solidarity "among strangers" (Habermas 1999, p. 151) which is the foundation of the democratic welfare state.

The preconditions for the legitimate transfer of welfare functions from their present, predominantly national level to the European level already exists today. Those preconditions could be mutually reinforcing in a virtuous circle, nourished by the forces of legitimacy unleashed by the effective implementation of solidarity functions by EU institutions.

The transformation of the EU's political institutions into democratic and majoritarian forms of governance should rest on an underlying social contract, based on a criterion of distributive justice capable of guaranteeing full legitimacy to the decisions taken by the majority. The discursive

elaboration of the contents of this new social contract, and of the link between civic solidarity and solidarity "between strangers", in which it has its roots, must be central to this building process. A building process which is undertaken in order to redefine the shape of the crucial question of the European social identity, of the European "social self" (Poiares Maduro 2000).

4. The mixed model of "co-operative federalism"

Critics of the solidaristic model of the Community's economic constitution, and in particular of its assumptions of legitimacy, are not only found among those who argue this type of change is precluded by the lack of a European *demos*, and the substantial impossibility of one arising (at least in a time period shorter than a "geological era": Mancini 1999, p. 34). In fact, this objection is based on an assumption that does not pay adequate regard to the current normative and political reality of the European Union. In particular, it does not take account of the fact that the (conservative) notion of a sovereign people, forming an ethnically, linguistically, culturally and spiritually homogeneous entity, necessarily preceding the establishment of a democratic political state, is today in deep crisis.

The model of solidaristic federalism also encounters objections from those who argue that a post-national democracy – embracing pluralistically the "multiple *demos*" (Weiler 1996) of Europe – is not only possible (and desirable), but to a certain extent already visible within the constitutional developments of Community integration.

It is argued that, since "even in a politically constituted European Union there will continue to exist an element of pragmatic agreement [...] between the Member States, and the European federal state will have to assume a form which is different from national federal states of the classic kind and will not be able to simply imitate their methods of self-legitimation" (Habermas 1999, p. 121). While refuting the hypothesis which states that only a nation (understood as a "prepolitical community with a common destiny") could develop that "anticipatory trust" (*ibid.*, p. 84) and that feeling of solidarity which underlie the democratic re-distributive policies of the nation state, they argue that in fact it would be neither possible nor desirable to level the national identities of the Member States, merging them together in a single nation of Europe.

The European Union would, in any event, have great difficulty reproducing the same forms of democratic majoritarian legitimacy, upon which to base re-distributive policies analogous to those of the nation state, and it should not try.

Through this lens, the deep institutional diversity of national welfare states - rooted in their varying historical, political, economic and social contexts - lies at the root of two objections. There is an empirical and functional objection to the hypothesis that there should be unification of these systems within a common supranational structure. There is also a truly normative objection, based on the attribution to the different national identities of a positive value, which should be preserved as such. Whatever difficulties it might face, any harmonisation project aimed at rendering national social policies and rights uniform, and in particular the construction of a truly "shared" European social law, would produce significant destructive or disintegrative effects within the different national welfare State constellations. These effects would be of no less impact than those which follow the process of negative integration. And it is difficult to imagine how such outcomes could ever be legitimated on the basis of democratically made majority decisions on a European scale. A complete federalisation of questions of distributive justice would clash with

the need to preserve the diverse national democratic and social identities (see Ferrera 2004).

The constitutional model of "co-operative federalism" aims to take account of the demand to respect these different identities, while at the same time preserving the social autonomy of the Member States in the face of the destructive effects arising from a competitive game which is politically unregulated at EU level. In this sense it proposes itself as a hybrid model or a solution which lies in between the two poles of "competitive federalism" and "solidaristic federalism".

In the "co-operative federalism" model the functions of market correction and of redistribution of opportunities in life remain for the most part within the prerogative of the Member States of the Union. Labour and social security rights, as well as general welfare policies, will remain mainly nation-specific, relying on those resources of democratic material "input-oriented" legitimacy (Scharpf 1999) which, in the absence of a fully developed European public sphere, only the nation-State can guarantee.

The level of Community governance is essentially assigned a co-ordinating role which consists in producing guidelines and undertaking monitoring functions. The aim of this is twofold. On the one hand, it aims at encouraging processes of mutual learning among the Member States, and, on the other, at stimulating attempts to find effective responses to common problems through the adoption of the best solution for the local situation. At the same time, this should prevent recourse to destructive forms of regulatory competition of the "beggar my neighbour" type.

The European Union limits its direct regulatory activity to the social sphere, in each case giving preference to more flexible forms which are likely to have the effect of encouraging differentiation at the national and sub-national level. Harmonisation aimed at uniformity or at approximation around a common model is replaced by "reflexive harmonisation" (Deakin 1999; Barnard and Deakin 2003). This occurs through the elaboration of general principles, which are initially translated into the various systems by active support of the social partners for the self-regulatory process and through autonomous processes of adaptation at the national or sub-national level. This is an intermediate form between pure centralisation and pure decentralisation, between heterogeneous positive integration and anomic regulatory competition.

In the model of co-operative federalism, the Community is built through the development of institutional mechanisms which allow the reconciliation of the defence of common European values and the heterogeneity of national models through which those values take form. In this way, the preservation of heterogeneity of the national systems allows forms of competition between those systems, while anchoring them to accepting common fundamental principles and - with the establishment of inderogable thresholds and non-regression clauses - pushes them to seek the "best rules". The differentiation, which may be marked, between standards of social protection among the various territorial communities, is not, however, left to the logic of the market, but is checked and guided by supranational governance. This defining of the rights and fundamental guarantees of the Community order in some sense defines even "the elements of justifiable diversity" between national legal orders (D'Antona 1992).

Along with the solidaristic federalism model, the co-operative federalism model also assigns a key role to the constitutionalisation of a strong catalogue of fundamental social rights directly at the level of the Union. There is also, however, an important difference between them. In the solidaristic model, the rights take the form of truly *common* social rights, which means that they are designed to entrench the functions of redistribution and reallocation of social power directly at

the level of the Union. By contrast, in the co-operative federalism model the European "social" constitution serves essentially as a guarantee and a measure of protection of social rights at the national level. It does not, in other words, aspire to substitute national forms of social protection, but rather to safeguard them, through exposing them, in a dialectical confrontation with the constitutional traditions of the other Member States, to a process of co-operative elaboration of new meanings in the context of common fundamental values. The constitutional recognition of European fundamental social rights will operate to preserve core common values in a dynamic and pluralist way without any pretence of achieving a uniform protective content, built either as a medium or average standard artificially extracted from the rules in force in the various countries.

The relationship between Community sources and national sources of fundamental social rights is not structured in hierarchical terms, as in the case of solidaristic federalism, but rather is configured as a dynamic relationship of reciprocal subsidiarity, aimed at achieving the greatest achievement protection possible - in the prevailing conditions - of the social values which underlie the norm in question. The basic idea is that of a system in which many decisional levels coexist, which involves many institutional actors, each one bearing its own regulatory mission, and which are all linked with each other through a social model and common constitutional traditions.

The predominant European governance mechanism is that of the network: the link between the different levels of government in the system is neither entrusted to the market - as in competitive federalism - nor to the hierarchical relationship between juridical rules and public bodies, as in the case of solidaristic federalism. Instead it is entrusted to open and diffuse mechanisms of decentralised and poli-centric co-ordination, and to the reciprocal and reflexive interdependence between the different levels of decision making and the different actors (public, quasi-public, social, private) who are involved. The elective regulatory technique is soft law open co-ordination of national systems based on a floor of fundamental rights and principles, rather than mutual recognition (as in the competitive model) or hard law harmonisation (as in the solidaristic model) (see Della Cananea 2003).

Supranational intervention, while resting on a foundation of common values, is predominantly procedural, and relies on its deliberative character, as well as the open and participatory nature of its "polyarchic" (Choen and Sabel 1997) co-ordinating processes activated by it, for its legitimacy. The discussion of the conditions required for "deliberative supranationalism" constitutes a promising theoretical ground from which to gather the implications of the discursive and process-orientated legitimisation of the model (see Joerges 2002). The idea of the EU as a "deliberative polyarchy" (Cohen and Sabel 2003) adds insight towards a similar conceptualisation of the legitimacy foundations of this model. "In deliberative polyarchy, problem-solving depends not on harmony and spontaneous coordination, but on permanent disequilibrium of incentives and interests imperfectly aligned, and on the disciplined, collaborative exploration of the resulting differences" (*ibid.*, p. 366). Thus, in this perspective, reflexive harmonisation and the open method of co-ordination are seen as "a highly promising mechanism for promoting crossnational deliberation and experimental learning across the European Union" (Zeitlin 2003, p. 5).

5. Conclusions

It was stated in the introduction that none of the models – stylised and ideal-typical – of Community economic constitution described above had the intention of hegemonically enshrining the actual course of European integration. These models, however, have influenced the theoretical

debate in numerous ways and have even influenced the concrete modelling of the Community's institutions.

The echoes of the ordo-liberal concept are clearly discernable, for example, in the configuration of common competition law as the central propulsor of juridical unification within the unified market. The idea of Article 28 of the Rome Treaty as a European "economic due process clause", which is embraced by the European Courts of Justice at least until recently, is evidently very influenced by it (see Poiarés Maduro 1998; Egan 2001). The "infiltration" (G. Lyon-Caen 1992) of European competition law and market law in national labour and social security laws draws strong arguments for its legitimacy from this very model.

The model of solidaristic federalism has never been fully appreciated, probably not even during its peak years of "social democratic consensus". This did, however, create a vision of Europe that – no matter how politically minoritarian – maintains an undoubtedly attractive force, and it is certainly not absent from the debate on the constitutionalisation of fundamental social rights in the EU legal order (see for instance the proposal for an "*Euro-stipendium*" by Schmitter and Bauer 2001).

The model of co-operative federalism owes its ability to open the more significant perspectives of the prevailing tendencies – which are all but definite and linear – that appear today in paving the way to European integration to its position as a middle-ground. Its *medietas*, however, also makes it the least defined model, as well as full of incognitos, especially when it overlaps the concrete dynamics of Community integration.

It has been suggested that the decentralised and not hierarchical mechanisms of open co-ordination, grounded as they are on the defense of specific national identities, do not have the intention of preserving the particularities of each welfare system, but rather the very opposite intention of the Member States of using their own sovereignty in social issues as an alternative mechanism for adjusting their own competitiveness compensating for the loss of sovereignty on currency and exchange rates (Cantaro 1999b).

The eminently procedural orientation of the model risks creating no more than merely symbolic limits to the weight of the self-regulating mechanisms of the integrated market (see Deakin and Reed 2000). While the strength of market integration is able to explain the most powerful effects of complete monetary unification, the mechanisms of deliberative governance have not yet reached full maturity and risk being used simply for responding to – re-legitimizing ex post – decisions actually made by the market.

The risks involved in de-structuring national traditions of fundamental social rights in an approach that should orient itself accentuatedly in a post-regulatory and merely procedural direction, can only be compensated for through the decisive re-affirmation of the cogent force of the founding and common values of the European social model at Community constitutional level. Such an approach, which is solely procedural, is insufficient: the States, as well as the European Union when involved, cannot limit themselves to organising rules of procedure that allow the participation of individuals and intermediary groups in the definition and realisation of the interests normally under their responsibility. They also have to lay down the principles that are the very basis of this definition, so as to guarantee individuals and groups their fundamental social rights (see Supiot 2001).

The full affirmation of fundamental social rights within the Community legal order represents an essential step in this critical phase of European integration. The constitutionalisation of these rights at the heart of the EU legal order also constitutes – as previously mentioned – a supporting axis of the co-operative federalism model. In the absence of a substantial common foundation of values guaranteed by the affirmation of principles and Community fundamental social rights, it is difficult to imagine that the pluralsim of national welfare state traditions can be preserved and adapted to the new socio-economic needs without simply giving into the levelling pressure of market integration.

The drive towards Community constitutionalisation of fundamental social rights does not derive only from the need to protect essential principles of social justice and solidarity from (and against the) logic of the market. It derives from considerations of economic efficiency. Fundamental social rights are actually a determining component for the dynamic efficiency and the long-term competitiveness of open and complex market economies: far from being adverse to market relations, they should be considered central to a European labour market which is becoming ever-more flexible and individualised (see Deakin and Wilkinson 1994).

The awareness of this essential economic function of social rights was no stranger to the compromise of post-war embedded liberalism, whose founding fathers inspired the construction of the Community (Giubboni 2003a, especially Chapter 1). Today, more than ever, it should guide the indispensable re-definition of the contours of the European social model.

The values of freedom and solidarity embodied to differing degrees by the national traditions of labour and social security law constitute a fundamental patrimony of the European democracies. Re-declined and dutifully up-dated, these must remain central to the construction of the Community (see Kenner 2003a; Giubboni 2003c). Strengthening the constitutional roots of European social rights and strengthening the institutional capabilities of the social parties – which have always been the main actors in the dynamics of labour law and its extraordinary adaptability to the changing needs of the market – make up, today more than ever, the crucial groundwork for democratic legitimacy of any advancement in the process of European integration.

The draft Treaty establishing a Constitution for Europe might realise a significant re-definition of the fundamental values and objectives inspiring the EU mission in the globalised world. The insertion of the European Charter of fundamental rights in Part II of the constitutional Treaty might imply a full constitutionalisation of social rights within the EU legal order on par with economic freedoms, according to the principle of indivisibility of fundamental values and rights. The draft constitutional Treaty, notwithstanding its limits and shortcomings, represents therefore a fundamental step in the process of building solid constitutional roots for the European social model (Giubboni 2004). Its ratification by the Member States would be a decisive move in pursuing what Joseph Weiler has called the "European *Sonderweg*" (Weiler 2000).

6. Bibliographical references

Baquero Cruz J. (2002), *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart Publishing.

Barnard C. (2000), *Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case of EC Social Policy*, in J. Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing.

- Barnard C., Deakin S. (2003), *Corporate Governance, European Governance and Social Rights*, in B. Hepple (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Bercusson B. et al. (1996), *A Manifesto for Social Europe*, ETUC, Brussels.
- Bercusson B. (2003), *The Role of the EU Charter of Fundamental Rights in Building a System of Industrial Relations at EU Level*, in *Transfer*, no. 2, p. 209 ff.
- Blanpain R., Hepple B., Sciarra S., Weiss M. (1996), *Fundamental Social Rights: A Proposal for the European Union*, Leuven.
- Cantaro A. (1999a), *Costituzione e ordine economico*, Acireale, Bonanno Editore.
- Cantaro A. (1999b), *Lavoro e diritti sociali nella "costituzione europea"*, in *Democrazia e Diritto*, vol. 4, p. 97 ff.
- Cassetti L. (2002), *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Turin, Giappichelli.
- Cohen J. Sabel C. F. (1997), *Directly-deliberative Polyarchy*, in *European Law Journal*, p. 313 ff.
- Cohen J., Sabel C. F. (2003), *Sovereignty and Solidarity: EU and US*, in J. Zeitlin, D. M. Trubek (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy. American and European Experiments*, Oxford, Oxford University Press.
- Commission of the European Communities (1999), *Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act ("Simits Report")*, Brussels.
- D'Antona M. (1992), *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lavoro e Diritto*, p. 49 ff.
- Däubler W. (1991), *Market and Social Justice in the EC - The Other Side of the Internal Market*, Gütersloh.
- Deakin S. (1999), *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2, p. 231 ff.
- Deakin S., Reed H. (2000), *The Contested Meaning of Labour Market Flexibility: Economic Theory and the Discourse of European Integration*, in J. Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing.
- Deakin S., Wilkinson F. (1994), *Rights versus Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in *Industrial Law Journal*, p. 289 ff.
- Della Cananea G. (2003), *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Rome and Bari, Laterza.
- Egan M. (2001), *Constructing a European Market*, Oxford, Oxford University Press.
- Everson M. (1999), *The Constitutionalisation of European Administrative Law: A Legal Oversight of a Stateless Internal Market*, in C. Joerges, E. Vos (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing.

- Ferrera M. (2004), *Verso una cittadinanza sociale "aperta". I nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, URGE Working Paper 1/2004, in www.urge.it.
- Gerber D. J. (1994), *Constitutionalizing the Economy. German Neo-liberalism, Competition Law and the "New Europe"*, in *American Journal of Comparative Law*, p. 25 ff.
- Giubboni S. (2003a), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino.
- Giubboni S. (2003b), *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, vol. 2/3, p. 325 ff.
- Giubboni S. (2003c), *About the book by Jeff Kenner, "EU Employment Law. From Rome to Maastricht and Beyond"*, Oxford, 2003, in *Yearbook of European Law*, p. 677 ff.
- Giubboni S. (2004), *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, no. 1, p. 45 ff.
- Habermas J. (1999), *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a/M, Italian translation: *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milan, Feltrinelli.
- Hayek F.A. (1998), *Conoscenza, competizione e libertà*, edited by D. Antiseri and L. Infantino, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- Irti N. (1998), *L'ordine giuridico del mercato*, Rome and Bari, Laterza.
- Joerges C. (1994), *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in R. Dehousse (ed.), *Europe after Maastricht. An Ever Closer Union?*, München, Beck.
- Joerges C. (2002), *"Deliberative Supranationalism" - Two Defences*, in *European Law Journal*, p. 133 ff.
- Kelemen R. D. (2003), *The Structure and Dynamics of EU Federalism*, in *Comparative Political Studies*, vol. 36, no. 1/2, p. 184 ff.
- Kenner J. (2003a), *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford, Hart Publishing.
- Kenner J. (2003b), *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. Hervey, J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford, Hart Publishing.
- Leibfried S., Pierson P. (2004), *The Prospects for Social Europe*, in A. de Swaan (ed.), *Social Policy beyond Borders. The Social Question in Transnational Perspective*, Amsterdam, Amsterdam University Press.
- Lyon-Caen A., Simitis S. (1993), *L'Europe sociale à la recherche des ses références*, in *Revue du Marché Unique Européen*, p. 109 ff.
- Lyon-Caen G. (1992), *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, p. 313 ff.
- Mancini G. F. (1998), *The Case for Statehood*, in *European Law Journal*, p. 29 ff.

Mestmäcker H.-J. (1994), *On the Legitimacy of European Law*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrechte*, p. 615 ff.

Miccù R. (1996), *"Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del Pluralismo*, p. 243 ff.

Pernice I. (1996), *Harmonization of Legislation in Federal Systems: Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects*, in Id. (ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems*, Baden-Baden, Nomos.

Pernice I. (2002), *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, p. 511 ff.

Petroni A. M., Caporale R. (2000), *Il federalismo possibile. Un progetto liberale per l'Europa*, Soveria Mannelli, Rubbettino.

Poiarès Maduro M. (1998), *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing.

Poiarès Maduro M. (2000), *Europe's Social Self: "The Sickness Unto Death"*, in J. Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing.

Rodríguez-Piñero M., Casas E. (1996), *In Support of a European Constitution*, in P. Davies et al. (eds.), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, Clarendon Press.

Scharpf F. W. (1999), *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press.

Schmitter Ph. C., Bauer M. W. (2001), *A (Modest) Proposal for Expanding Social Citizenship in the European Union*, in *Journal of European Social Policy*, p. 55 ff.

Sciarra S. (2003), *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, in B. Hepple (ed.), *Social Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sciarra S. (2004), *La constitutionnalisation de l'Europe sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law*, in O. De Schutter, P. Nihoul (eds.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Brussels, Larcier.

Supiot A. (2001), *Beyond Employment. Transformation of Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press.

Wedderburn Lord (1995), *European Community Workers Rights after 1992: Fact or Fake?*, in Id., *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, Lawrence & Wishart.

Weiler J. H. H. (1996), *European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order*, in *Political Studies*, p. 517 ff.

Weiler J. H. H. (2000), *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg, Jean Monnet Working Paper - Harvard University*, Cambridge (Mass.).

Zeitlin J. (2003), *Introduction: Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, in J. Zeitlin, D. M. Trubek (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy. European and American Experiments*, Oxford, Oxford University Press.

Decentralization of old-age benefits in Spain: lessons from other federal countries*

Jesus Ruiz-Huerta Carbonell- Jose M. Diaz Pulido

I. A brief note on Fiscal Federalism	360
I.1 Classical Theory	360
I.2 Additions to classical theory	362
a) Race to the bottom	362
b) Laboratory Federalism	363
c) Reducing public sector size	364
d) Increasing political participation	365
e) Some other arguments regarding decentralization	366
f) Decentralization under perfect capitalisation	367
II. Decentralization of the old-age cash benefits in different countries.	367
Canada	367
Belgium	369
Germany	371
United Kingdom	372
United States	373
III. Organisation of the Spanish system of old-age pensions	374
III.1 The partition of competencies of old-age pensions in Spain	375
III.2 The territorial effect of the old-age pensions in Spain	376
IV. Conclusion	381
IV.1 International comparison	381
IV.2 Decentralization of Social Insurance	382
IV.3 Decentralization of Social Assistance	383
IV.4 Final considerations	384

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 30/2005

V. References	385
VI. Websites	387

The decentralization of Social Security in general, and old-age pensions in particular, has been proposed by several nationalist parties in Spain. The purpose of this paper is to analyse the rationality of this proposal, taking into account efficiency and equity issues. This work is divided into three sections. The first reviews the most important literature on Fiscal Federalism, applying it to pensions. The second describes the degree of decentralization of public transfers for the elderly in several countries: Belgium, Canada, Germany, United States and United Kingdom. The final section analyses the current situation of the Spanish system, examining the evolution of the principal variables per Autonomous Region, and using the arguments of the previous sections to consider the possibilities of decentralizing Spanish old-age pensions.

Acknowledgments: The authors wish to thank the EISS, for providing them with the opportunity to present this paper and discuss these issues in an international forum of experts. We would also like to thank Marina Blinova (University of London) for her research on comparative systems, Juan Pardinás (London School of Economics) for his help in the introduction to Fiscal Federalism theories and Alex Wilks (University of Essex) for the proof-reading of the English. Finally we also would like to mention Prof. Danny Pieters and Dr. Stephen Vaanstenkiste for their expertise on this subject.

I. A brief note on Fiscal Federalism

I.1 Classical Theory

The classical theory of Fiscal Federalism was originally developed in the late fifties by public finance economists such as Musgrave, Tiebout and Stigler, among others. These authors used the background of Welfare Economics theory to analyze the consequences of decentralization of public policies on efficiency and equity.

From this point of view, economic efficiency seeks to ensure that there is no reallocation of society's resources which can make someone better off without making anyone else worse off⁸⁹² (Pareto criteria). The most famous model of this theory is that formulated by Tiebout [1956]. It states that the ability of individuals to move among jurisdictions produces a market-like solution to the *local public goods*⁸⁹³ problem. This model is usually called *voting with your feet*, and is based on strong assumptions about rationality, mobility costs and perfect information. Tiebout's essential idea is the extrapolation of benefits of the *invisible hand* perfect competition to the public service⁸⁹⁴. It follows that rational public agents engage in competition, tailoring local policies and searching efficiency to maximize the welfare of mobile citizens.

Tiebout's model has been criticised for being of an exclusively American construction. It is therefore not applicable to European reality, which has higher costs of mobility (language and cultural barriers). However, as Oates [1999:1124] notes, this principle does not need mobility to produce gains in Welfare. In fact, it functions even with individuals and factors completely immobile. As long as different communities have different preferences about combinations of public goods, a decentralized solution will be Pareto-superior than a uniform centralized one.

⁸⁹² For a general description of efficiency applied to decentralization, see Inman & Rubinfeld [1998]

⁸⁹³ Local public goods are defined as those goods whose benefits are limited to those living in a locality. Stiglitz [2002:733]

⁸⁹⁴ However, this model needs much stronger assumptions than the perfect competition model.

Stigler⁸⁹⁵ [1957] also favoured the decentralization cause, his work greatly influencing American politics. The main arguments were that *representative governments work best the closest the government is to its constituency*, and that *subsets of people within a country have the right to vote different kinds and amounts of public services for themselves*. Both principles are equivalent to the more European *subsidiarity concept*. Its main formulation establishes that public responsibilities should be allocated at the lowest level of government at which the objectives of that policy can be successfully achieved⁸⁹⁶. Regarding pensions, many have argued that, this *right to vote different levels of pensions* inside a Federal State might be irrelevant. In fact, it has been defended that the income level of the elderly is a national issue. However, if we think of a European Union unified Old Age policy, the issue becomes more problematic: *should the Swedish or the French accept the same taxes and pension level than the British or the Irish?* If the answer is negative, then, *which is the right size of territory that should vote about this matter?*

A more formal principle justifying decentralization is the *Perfect Correspondence Theorem*, by Oates [1972]. The optimal form of federal government to provide a set of public goods would be the one that includes all the population over which the consumption of a public good is defined. Oates' second theorem is the *Decentralization theorem*: for a public good, it will be always more (or at least as) efficient for a local government to provide the Pareto-efficient levels of output for their respective jurisdictions than for the central government to provide any specified uniform level of output. This principle formalises in terms of optimisation programming the idea that policies should be tailored to local tastes.

Summing up, the classical Fiscal Federalism theory establishes that local public goods should be delivered locally. With regard to taxes, the main principle is that *benefit levies* (used directly towards the costs of one public service) should be local. *Non-benefit taxes* have to be centralized to avoid the *free rider* and *race to the bottom* problems.

The difficulty comes when trying to bring those principles into practice. In other words, to decide which level of government can efficiently carry on certain public policy. Economists have attempted to solve this question, using both formal theoretical models and applied econometric research. However, for many public policies, there is no straight answer.

This *classical* Fiscal Federalism theory has been revised by modern economic theory. However its foundations are useful as preliminary criteria for the debate. From this *classical* perspective, redistributive programs in general, and old age benefits in particular, should be fully centralized. The case is not so clear for a perfect insurance pension system with no redistributive elements, as the contributions can be considered *perfect benefit levies*. Therefore, other things being equal, rational individuals will work (and pay contributions) in more efficient systems according to their preferences about present and *old-age* consumption. However, if the social insurance contains some redistributive elements, rich workers will move to systems involving less redistribution, thus paying them higher returns.

⁸⁹⁵ As quoted in Tresh [2002: 834]

⁸⁹⁶ The *subsidiarity principle* derives from the merging of many traditions (anarchist, liberal, Christian, etc.) but was extensively promoted by the Catholic Church. In fact, one of its most quoted formulations comes from an encyclic by Pope Pius XI. Good discussions of this origin can be found in Puljiz [2002] and Inmand & Rubinfeld [1998].

Therefore, the following question arises: how can economic theory explain the fact that social assistance pensions are decentralized in many countries? As we will consider later in more detail, there exist completely decentralized supplementary social assistance benefits for the elderly in Spain, US and Canada. Moreover, anti-poverty policies (which are by definition completely redistributive) are the competence of local authorities in some federal countries like the US (after the 1996 *devolutionary* reform) and Spain.

So far, we have talked mainly about economic efficiency. However, the issue of equity is basic in old-age pensions. There are several concepts of equity used in the economic literature regarding to decentralization. The first one is *guaranteeing a certain income level* to every old citizen. Some times this is called *categorical equity*⁸⁹⁷. Related to the former, the concept of *vertical equity* justifies the introduction of redistributive policies, in order to mitigate the inequalities in income created by the market. Another important concept is the *horizontal equity* (Feldstein) imposes giving equal returns to identical contributions. Finally, *territorial equity* refers to the harmonisation of the economic development between geographical areas. Using all the previous concepts as a framework, we could formulate the question of whether a decentralized system could achieve these *equity principles*, or if territorial differences in economic development will create important inequalities between pensioners. A final concern regarding decentralization is the future viability of the pension system in the current context of ageing of the population.

I.2 Additions to classical theory

a) Race to the bottom

Many arguments have been added to classic Fiscal Federalism to improve its positive and normative analysis. Some authors challenge the positive view of state competition in Tiebout's or Oates' models. In fact, they argue that decentralization can only lead to a vicious circle or "*race to the bottom*" in taxes and public services. A very extreme version is defended by Enrich [1996:378]. This author, commenting the devolution of American welfare policies, argued that "*the vehement interstate competition of economic incentives have harmed the states and its inhabitants creating a virtual second US civil war*".

Local policy makers, trying to maximise local GPD will tend to cut taxes to attract productive factors and wealthy citizens. Therefore, under-providing public goods. The argument is intuitively appealing. In the last twenty years, due to the increasing facilities for capital mobility, this argument has become very popular within public opinion. From more orthodox positions, some important economists like Vito Tanzi [2000] –Director of Public Finance of the IMF until 2000–, have defended a similar view of the impossibility of maintaining current levels of Welfare and tax revenue without international cooperation and harmonization of rules⁸⁹⁸.

However, this view has been challenged both in theoretical and empirical grounds. Game-theoretic formalisations⁸⁹⁹ of the problem conclude that the *race* leads not to the bottom, but to a Nash equilibrium with sub-optimal production of public goods. The existence of this equilibrium

⁸⁹⁷ This concept was introduced in Economic Theory by Tobin, amongst others.

⁸⁹⁸ He uses the concept of *fiscal termite* to refer to the new features of the economy that decrease the ability of the national states to tax economic resources.

⁸⁹⁹ See Oates [1999: 1136] or Wilson [1996] for revisions on this literature.

derives from the fact that tax competition is a repeated game, where agents can use credible threats and promises to ensure cooperative results. The main problem is to measure the amount of this *suboptimality*.

There are not many empirical studies about “*race to the bottom*” in pension systems. However, it is easy to find many attempts of contrasting this hypothesis on other welfare policies. The most developed empirical literature refers to the American case (especially to the devolution process initiated in 1996). As Oates [1999:1137] points out, there is not clear empirical evidence proving the extent of this *race*.

While some articles find evidence of this problem, some others are skeptical about it. For example, Shroder [1995:189], analyzing American AFDC programs reported to have failed to find econometric evidence to support the belief of the “*race to the bottom*”. Moreover, he notices that most other empirical studies find very small coefficients for the elasticity of welfare benefit amounts and reciprocity ratio to a composite neighbour’s benefit. Besides, positive signs are not uncommon. With regard to the same policy, Volden [2002] maintains that there is little proof that states are pursuing a race to cut social benefits as a consequence of decisions taken in other jurisdictions. He defends that what really happens is a slow delay of inflation adjustments, provoking not a race to the bottom, but a moderate slide.

A possible explanation of this fact is given by Holahan et al. [1998]. They analyse the Health Care and Long Term Care for the Elderly in 14 US states, and conclude that health care is “viewed by tax payers as a positive good that everybody should receive” [1998, 58]. Therefore, the policy makers, when facing the decision of *cutting popular social policy programs*, face a trade-off between the loss of public support and the benefit of attracting capital. This is coherent with Volden evidence. Indeed, it is easier to race in the more subtle way of not raising up the benefits than actually cutting them off.

The argument of the political risk of cutting health programs can be used by referring to old-age benefits (even non-contributory). There is a consensus that poor old people should not work, but be sustained by the community. In fact, the Spanish case of regional supplements⁹⁰⁰ of the social assistance pensions for old people shows that sometimes it is possible to find a positive elasticity to increases in pensions of neighbour regions. In other words, a “*race to the top*” is not impossible in certain circumstances.

b) Laboratory Federalism

Many supporters of decentralization argue that it creates the positive effect of innovation in public policies. The main idea is that local governments are more flexible than central governments to respond to social needs in a context of imperfect information and *learning by doing*. Therefore, subcentral States act as “*laboratories*” to experiment on a small scale with innovative policies that, if successful, can be disseminated elsewhere. This term is thought to come from US Justice

⁹⁰⁰ The decision of the central government of non-raising this pensions to compensate inflation was contested by Andalusia government, which provided a supplement pension financed with own resources. Other regions, like Cataluña and País Vasco, rapidly followed this policy.

Brandeis back in 1932. “It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country⁹⁰¹”.

Again, the theory is controversial about this matter. In fact, it has been argued from a rational behaviour model⁹⁰², that the States can face a free-rider problem concerning innovation, due to the problem of externalities. Another drawback of this argument is that a centralized state can also develop some new policies affecting only a small size of the territory as a *laboratory*, in order to extend it if the results are successful.

The empirical evidence is not clarifying either. According to Lieberman and Shaw [2000:234] any evidence of laboratory federalism should first find some variety on local programs, and later some spread of this innovations. Both processes are difficult to model econometrically in an uncontroversial way. Most econometric articles refer to the American reforms that *devolved* welfare programs back to the State authorities. Among others, Gramlich [1987:309] has argued that the decentralization of welfare policies “*worked beyond almost anyone’s expectations*”, permitting States to make their own innovations, control the expenses and improve efficiency.

With respect to pensions, the current challenge of the ageing process implies that this *laboratory federalism* could be useful in order to preserve the sustainability of pensions systems. In fact, inside the European Union, there is a great interest in comparing the effects of policy changes, and some trends seem to transmit between the states. Nevertheless, we have to consider the trade off between this potential benefit of innovation with the numerous drawbacks of decentralization, such as the *race to the bottom* or the small size of the Spanish AR, German *Länder* or Canadian provinces to deal on their own with social risks.

c) Reducing public sector size

The argument of the reduction of the public sector size has been often presented to defend the case for decentralization. The core statement was developed by Brennan and Buchanan [1980:185]. Those authors defend the theory that the government behaves as a revenue-maximizing agent. Therefore, a centralized government has a monopolistic power to confiscate the wealth of its citizens (*Leviathan*). However, in a decentralized system with mobile citizens, *tax competition* among federalised entities may prevent this Leviathan process. The impact of the tax competition depends on the number of alternative jurisdictions available with low mobility costs (*fragmentation effect*). Within this framework, reducing the size of the public sector is a desirable goal as it is supposed to improve the overall performance of markets.

When it comes to welfare in general, and *old-age pensions* in particular, this argument has been used by conservative and market-preserving politicians who wish to reduce the social expenses from the State. Therefore, decentralization can be a subtle way to achieve this goal of reducing public pension expenditure and increasing the role of private retirement insurance. In fact, this was one of the arguments of the Reagan administration in their reform of welfare policies.

However, the Leviathan thesis has been contested both on theoretical and on empirical grounds.

⁹⁰¹ As quoted in [Osborne, 1988].

⁹⁰² Models of this kind have been developed by Rose-Ackerman and Strumpf [Oates 1997, 1133]

On the former, Feld et al. [2003:5] defend that the effect of decentralization on the size of public sector is ambiguous. On one hand, tax competition favours a smaller jurisdiction. On the other hand, tax exporting has a revenue expanding effect, by reducing the pressure on the citizens of one jurisdiction. Bruce [1995] proposes a theoretical model of the effect of decentralization on public debt. His conclusion is that decentralized entities tend to issue more debt than the efficient level. This proposition is based on the ground that benefits from the debt are concentrated in the region, whereas the future costs are diluted on the neighbour states. If this model is true, it is very relevant for the old age policy. On an environment of ageing of the population, the excessive issue of public debt can introduce an extra risk in the sustainability of the pension systems.

The empirical evidence is not conclusive either. Whether decentralization of public policy has played a role in controlling the size of the public sector is still a controversy matter. It is important to mention the work of Feld et al [2003]. Those authors analyse empirically the Swiss case to conclude that the overall effect is reduction of the tax revenue, partially compensated with increment of taxes to user charges [2003, 28]. Excellent literature review can be found in Feld et al [2003, 5-11] and Oates [1998, 1138-1141]. Both authors conclude that the econometric analysis does not allow drawing a definite conclusion about the sign, the nature or the extent of the causal relation between decentralization and public expenditure.

Focusing on pensions, there is a fear that in the next decades –as the average age increases- the public expense on pensions will become unbearable, with negative consequences on economic growth. Many changes to benefit regulations have been proposed to control this future expense (e.g. increasing the age of retirement, partial privatization of the system, etc.). However, some argue that altering benefit regulations will be politically difficult if not impossible, due to the future majority of people approaching retirement age. Assuming all the precedent arguments to be true (which is not uncontroversial), decentralization of pensions can be viewed as a way of controlling this future public deficit⁹⁰³.

d) Increasing political participation

It is generally assumed in political science that one of the benefits of decentralization is the increase in political participation, leading to strengthening of the democracy. Inman and Rubinfeld among others have taken this argument into economic analysis. These authors comment on evidence of the political influence and effort increase in systems with smaller governments [1997:6]. Local politicians are viewed to be closer to the people, and locally elected legislatures more responsive to citizen preferences. Citizens perceive that political influence increases as the size of government declines [Cain⁹⁰⁴ et al. 1987]. It also has been argued that decentralization *makes space* for the operation of small, informal, or self-help groups. Therefore, decentralization may also increase the strength of social networks, with positive effects on the economic performance.

Increasing political participation is not only good *per se*, but it also can help the efficiency of the democratic system, via controlling rent-seeker behaviour or the influence of lobbies defending particular interests. Moreover, a deeper involvement of citizens in political decision usually dismisses opportunistic behaviour of welfare recipients. It also makes it less unpopular to raise taxes

⁹⁰³ In line with the thesis that decentralization prevents “*the tyranny of majorities*”, it could be argued that in a decentralized pension system, future elderly majorities will not be able to control political power.

⁹⁰⁴ as quoted on Inman and Rubinfeld [1997:6]

and redistribute income. All of this is very relevant to the correct functioning of public pensions. In American literature it has been argued that decentralized pensions can make citizens more fond of paying taxes due to the fact that individuals might prefer to support poor elderly from their own community, than those in far away national territories.

Another advantage of the increased political participation relates to lobbies. It is commonly accepted that a higher degree of involvement of the citizens in public affairs will decrease the possibilities of lobbies and rent-seekers. However, it has to be kept in mind that small governments have less defences to the influence of lobbies.

From an economic perspective, it is very difficult to measure the extent of the increase in political participation, and its positive effects on welfare. However, it is important to account for this argument when evaluating the trade-offs involving decentralization.

e) Some other arguments regarding decentralization

Besides *tailoring public policies to local needs*, beneficiary *market-like competence* between public providers and innovation, the fourth most common argument justifying decentralization is *local knowledge*. Local governments have a better understanding of problems, necessities and changes of local communities. Therefore, they can regulate and administer better than central authorities. With regard to welfare policies, this argument has been used to defend that anti-poverty measures have to be decided locally, as poverty manifestation and alleviation varies from one community to each other. Indeed, rural and urban poverty may be characterised by different indicators, and even between two rural regions we can find substantial differences. This local knowledge is supposed to lead to more efficiency in redistributive policies. Some econometric works, like Alderman [1998], have tried to measure this effect. However, there is a huge problem in trying to measure these gains in targeting. If local officials have some knowledge about the recipients that is not in the income surveys and administrative registers used by the central state, then the researcher can not use this information to measure poverty alleviation, or efficiency of transfers. Nevertheless, it seems that there is strong evidence in favour of this thesis.

This argument applies better to old-age social assistance than to insurance. However, even in social assistance benefits for the elderly, the classical problems that local knowledge solves (like principal-agent or moral hazard) are not present, as old-age poor people are not supposed to *go back* to the labour market.

A considerable part of economic literature concerning decentralization focuses on the problem of fiscal discipline. If the decisions of raising public funds and expenditure programs are separated, there is a clear incentive for local politicians to be too generous in their social programs. This happens because in such a case, the benefits are local, while the financing is federal. Developing a proper analysis about *fiscal co-responsibility*⁹⁰⁵ is beyond the scope of this paper. Nevertheless, it is important to point out, that any proposal of decentralization of an expenditure policy (like pensions) should be done looking carefully into this principle.

⁹⁰⁵ *Fiscal co-responsibility* is a term used in Spanish economic literature to refer to the right distribution of tax power and monitoring rules to ensure the right incentives in decentralized policies of public expenditure.

f) Decentralization under perfect capitalisation

As is well-known, perfect capitalization does not exist in any country in the EU (neither in North America)⁹⁰⁶. Nevertheless, it is interesting to comment on this possibility, due the fact that in many European countries there is an increasing degree of partial capitalization, in order to protect the system against the ageing of the population.

In principle, a perfectly capitalized system, where some entities (public or private⁹⁰⁷) invest the contributions in capital markets could be easily administratively decentralized. The size of the entities could be regional, national or supranational. However, there is strong evidence in private markets that investment funds of a certain size work better. This is due not only to reduction of administrative costs, but also to be more protected against fluctuations in the capital markets⁹⁰⁸, and liquidity constraints.

Regarding regulation, it seems obvious that there is a need for a centralized (and supranational if possible) regulation for the functioning of financial funds. An example of this is the success of the Basilea I convention. This international agreement, - originally signed by the countries belonging to the G10 – was adopted rapidly by other countries. Regulation regarding the compulsory minimum amount of the contributions, or fiscal deductions will face fewer problems in being regional. However, it is important to take into account the potential distortion in the allocation of enterprises and individuals due to differentials on the rules.

In conclusion, the major advantages of decentralization (freedom of choice, tailoring policy to local preferences and political participation) do not seem to play an important role in a pure capitalized pension system. In fact, if society wants a greater flexibility in individual choice of funds, then it makes more sense privatization (or the creation of several public funds) than decentralization.

II. Decentralization of the old-age cash benefits in different countries.

This section will describe briefly the functioning and the degree of decentralization of old-age pensions in several countries. Our purpose is to extract some lessons from the international experience, in order to apply them to the Spanish reality. For a more detailed description of the degree of decentralization of social security in different countries it is particularly important to mention the various works of Dr. Stefen Vaanstenkiste.

Canada

Canada is one of the most highly decentralized federations in the world. The British North American Act of 1867⁹⁰⁹ granted a high level of self government to the provinces that that would allow them to maintain their identities, cultures and special institutions, while the federal government maintains competence in defence, currency, commerce, banks, criminal law and other matters

⁹⁰⁶ The main attempts to finance the whole pension system using capitalization have been done in Latin America, being Chile the paradigmatic case.

⁹⁰⁷ Those who defend perfect capitalization also advocate for privatization. In fact, it seems that there are not enough economic arguments to justify that the Public Sector should administer the investment of the funds [Zubiri 2004].

⁹⁰⁸ In principle, a bigger fund might have better chances to diversify the asset risk.

⁹⁰⁹ renamed 'The Constitution Act' in 1982.

that surpass the private sphere. This particular form of organization considers the expanse of the territory, as a possibility of integration of the French speaking and catholic population that resides in Quebec (Poirier, 1999:29).

In 1867, when the Canadian constitution was written, the concept of Social Security did not yet exist as such; while the scarce social protection was looked at as a minor matter, it was considered to be of a “private or local” issue and assigned as the exclusive competence of the provinces. (Vansteeskiste, 2002:3). However, there were exceptions to this rule, such as assistance to war veterans, refugees and immigrants that was commanded at the federal level.

The first Canadian pension programs consisted of provincial aids to people of 70 and above with a low level of income. In 1927, it was established that the central government would finance 50% of the cost of these programs. This program and its subsequent modification brought up a conflict of competences between the Federation and some provinces. This conflict was solved after some modifications of the Constitution, which established concurrent competences of the provinces and of the Federation with regard to old age pensions, but with the priority given to provincial norms in the case of a conflict. Based on this new competence, the federal government established that same year a new non-contributory program of old age pensions of a universal character. The provinces were limited to supplementing these federal benefits.

Further, in the early sixties the federal government decided to establish a new program of retirement pensions, this time of a contributory manner. Article 94A was modified to grant concurrent competence on the new program to the federal government. Quebec decided to stay out of this plan and established its own contributive pension program (Quebec Pension Plan). Equally, the government of Quebec attempted unsuccessfully to create its own universal old age pension program. The attempt was unsuccessful due to the lack of agreement for financing the pensions. Therefore, the universal program in Quebec continues being federal.

The first pillar of Canada cash benefits to the elderly is the Old Age Security (OAS). This pension is a federal pension program of a quasi-universal nature. The right to receive complete benefits is reached after 40 years of residency in Canada. Until the year 1989 this pension program was of a universal nature. From that year (1989), income test was established as a requirement. If the house income exceeds a determined limit, the amount of pension is reduced. This limit is sufficiently high, thus only 5% of the elderly receive a reduced pension and only 2% do not receive any form of pension. The OAS is financed by the general taxes.

The Canada Pension Plan (CPP) is a contributory public program operating in all territories except for Quebec, which has its own Quebec Pension Plan (QPP). Both programs were created around the same time and there exists tight coordination between two of them that gives mobility between the two systems to the workers. Even though the government of Quebec has an absolute competency over all normative and administrative aspects of its program, both contributory insurance programs have been from the very beginning an object of a parallel regulation and a voluntary harmonization over the years. This includes many initiatives originally adopted by one plan and later passed on to the other.

Both programs are a classic example of Bismarckian social insurance. In 1997, partial capitalization of the funds was introduced. Some social contributions on salaries rose, that were kept separate from the rest of the general tax. In theory, one part is paid by the worker and another by the employer, but it is the employer who is legally responsible for the payment of the whole tax.

The amount of pension is calculated taking into account all the employment history of the beneficiary. The pension's maximum ceiling is 25% of the total base. This percentage may appear small, but one must keep in mind that this quantity is added to the pensions OAS, private pensions, and sometimes collective plans organized by the employer.

With regard to the distribution of competences, the general social system is administered and regulated at the federal level. The administration is provided by the autonomous body: Income Security Programs. The collection of contributions is done by another federal body, the Canada Customs and Revenue Agency (CCAA). The theoretical primacy of provincial regulatory competence on contributory pensions is demonstrated by the following mechanism: the normative modification to the contributive CPP requires the approval of two thirds of the provinces which represent two thirds of the Canadian population. Even Quebec is allowed to participate in this process, although it has adopted a position of non-intervention observer in the discussions about the general system.

There are some federal assistance programs that provide additional money to low-income seniors living in Canada. However, certain provinces have considered this quantity insufficient. Therefore, they have also developed supplementary social assistance programs to increase the minimum guaranteed standard of living of the elderly.

Summing up, Canada has a complex system of distributing competences for old age pensions. The theoretical superiority of provincial legislation in a matter of old age pensions is not reflected in practice. The federal government, through the use of its higher fiscal capacity and so called "spending power" had imposed and maintained the most important programs, both on contributory (CPP) and non-contributory level (OAS and GIS). The provinces have the possibility to leave these federal programs and to create their own contributory or non-contributive pension plans. However only Quebec has developed this possibility, and solely on the contributive level. Ironically, the only experience of this possibility (QPP) has resulted in a program of pensions that is very similar to the current federal program practised in the rest of the territory. When making comparisons with the Spanish case, it is very important to emphasize that CPP as well as QPP are both contributive programs of a supplementary character (maximum 25% of previous earnings). However in Spain, the contributive pensions are the fundamental pillar of the system. They replace almost the whole regulatory base and constitute the main source of income of the elderly.

Belgium

As is well known, decentralization in Belgium is of an extraordinarily complex nature. The federal structure is organized on two levels: the three communities (Dutch, French and German speakers) and three territories (Wallonia, Flanders and Brussels). The communities and regions overlap both in territory and in population. To solve this problem, on the one hand the Flemish Parliament assumed the competence of the Flanders territorial authorities and on the other the Wallonia region assumed the competence of the French speaking community. The Communities originated from the Flemish ambition to develop cultural autonomy and to protect its language, while the Regions were a later response to the desire of Walloons to develop economic autonomy, because of the threat of being converted into a minority group dominated by the Flemish majority (Peeters 2001: 58).

For the moment, and until the definite development of the list of federal competences, the Communities have constitutional competences on matters of education, professional training, health, and social services. The Regions have competences over housing and employment politics. The actual situation is not definite, as the Belgian devolutionary process is still developing.

In the Belgian system there exists two forms of old age income protection: Social Security (contributive retirement pension) and Social Assistance (Minimum Income Guaranteed for the Elderly). The system of Social Security is composed of several regimes for distinct professional groups, even though there is a clear tendency towards harmonization of benefits. The system also includes supplementary pension funds (occupational or individual) provided by the means of fiscal deductions. In 2000, 31% of the population was subscribed to one of these funds. The financing of Contributive Pensions is based on the pay-as-you-go system. The financial sources are social contributions (37, 94% of a base salary in 2002) and State transfers (from general taxes). The reform of 1997 had established that the part of Belgian Value Added Tax goes to Social Security. The Social Assistance program is financed entirely by the State (through general taxes).

The Belgium Constitution does not assign competence over Social Security to any particular governmental level. There are special laws of distribution of competences regarding Social Security. Those laws establish that this is exclusively a matter for the federal government. Belgian Social Security could be considered as a unitary system for the whole country. However, Belgian State Counsel had interpreted the term Social Security in its strict sense: the federal level only provides benefits directed towards professional groups, financed through social contributions (Bismarckian model); while Social Assistance benefits are those directed to the whole population and financed by general taxes.

Those federal laws concerning the sharing of competences (1981) confirm that the Communities have general competence over the policies of elderly, with the exception of “determination of conditions of access and financing of minimum income guarantee for elderly people”.

The Belgian system mainly functions through public organizations created by the Government, with their proper jurisdictions and administrative autonomy, although subject to control by the competent Ministry. These autonomous organizations are controlled by a committee composed of an equal number of representatives from business organizations and syndicates, and headed by an independent president. The National Office of Social Security is in charge of the collection of contributions and their distribution. The National Pensions Office is in charge of paying the contributive benefits, while the National Office of Family Endowments is responsible for providing the minimum income assistance to the elderly. As suggested by the names of both organizations, they are both of a national character.

The applications are presented to the local administration of the city where the beneficiary resides. The City Halls then forward these applications to the appropriate political organs. The local administration also has some competence over social services.

In conclusion, Belgium has been going through a complex process of federalization. When it comes to old age pensions, it is not very different to the situation in Spain. Contributive Social Securities (in general) and Minimum Income for the elderly (when it comes to the financing and conditions of access) are under the exclusive federal competency. Economic law (pay and coverage) of both programs is realized through autonomous organizations of a federal character. The Communities have competences on assistant benefits. In particular, the laws of sharing

competences grant them the possibility to create supplementary assistance benefits to the minimum federal income. None of the Communities has developed any supplementary benefit program of this character (Vansteenkiste 2002). The possibility of supplementing central benefits under the limit of using assistance techniques is very similar to the criteria used by Spanish Constitutional Court to validate the regional supplements.

Germany

A well known feature of German federalism is that the *Länder* are states with sovereign rights and responsibilities, which are not devolved from the Federation but granted by the Constitution.

The Fundamental Law divides authority between the federal government and the *Länder*. The general principle governing relations is Article 30: "The exercise of governmental powers and the discharge of governmental functions shall be incumbent on the *Länder* insofar as this Basic Law does not otherwise prescribe or permit." Thus, the federal government can exercise authority only in those areas specified in the Basic Law. The federal government is assigned a greater legislative role and the *Land* governments a greater administrative role. The federal and *Land* governments share concurrent legislative powers in several areas, including public welfare.

There are exist three main levels of cash benefits in Germany: Social Security, Social Compensation and Social Assistance. Social Security includes invalidity insurance, work accidents and pensions. Social Compensation was created after the World War I, with the objective of compensation and assistance for war victims. Later it was applied to other groups, such as victims of criminal violence. Finally, Social Assistance offers diverse monetary assistance to the groups whose earnings are below the established income level.

German Social Security is largely centralized [Vaanstenkiste 2002]. It is administrated by public organizations who respond directly to the Federation. The legislative competence over the Social Security is Federal. The Federation is also responsible for the financing of the most part of the Social Security.

Old Age pension payments are primarily funded out of contributions. Employers and employees each pay half of the current contribution rate (19.5 % of the employee's gross monthly pay as of 2003). German public pensions are roughly proportional to labour income averaged over the entire life course. The total entitlement is calculated as the average of all (compulsory and voluntary) contribution periods.

Regarding Social Assistance, the German case is peculiar, because there is not a specific pension for the elderly. Therefore, those elderly with low income can claim general social assistance benefits, which have special regulations. Social Assistance comes in various case-specific forms-assistance towards living expenses or assistance for special circumstances (such as disablement, illness or old age). The amount paid to a needy family is determined by the number of its members and their respective ages.

Social Assistance is decentralized to a large degree and it is mostly administrated by the local authorities or by the *Länders*. *Länders* are responsible for the regulation of the executive structure. *Länders* also have certain legislative powers. The most important legislation governing Social Assistance is established in the Federal Social Assistance Act. This Act sets the *minimum standard of necessity*. The *Länders* complement this regulation, determining the concrete amount

necessary to reach this standard inside their territory. Germany's rural and municipal districts are social assistance authorities and, as such, are responsible for carrying out the Federal Social Assistance Act.

Summing up, the German system also coincides with the Spanish in having a completely centralized social insurance. However, the *Länders* play a much more important role in Social Assistance than the Spanish AR.

United Kingdom

The different territories inside the UK always had some sort of independence (for example, the judicial system is different in Scotland). However, up until very recently UK was a strongly centralized state. In the last years of XX century the process of "devolution" of competences to the nations began. This process was of an asymmetric nature, in a way that every territory had developed different institutions. Scotland reached the highest level of legislative competences. Northern Ireland also attained exclusive legislative competence, while the legislative assembly of Wales had minor legislative competences, in what has been named the secondary legislative responsibility. Equally, autonomous administrative structures have developed in every territory for the execution of policies in which they had competences, abandoning the central control of the Whitehall. The matters devolved to the distinct nationalities are education, health, social services, housing, planning and local government. This process of devolution is more complex regarding England, which did not develop any parliament independent from the United Kingdom. The only process of devolution in England is the establishment of Regional Development Agencies in areas within England such as North West or the West Midlands.

As is well-known, the process of decentralization in the UK is very recent and is not yet completed. Its autonomous nations have not yet reached the maturity and competency level of German *Länders*, Canadian Provinces, or even Spanish Autonomous Regions.

Old Age pensions in the United Kingdom continue being under the exclusive central level competency, as well as the regulation, finance and law. Britain's main pension programs, the British National Insurance and the National Assistance, were established by the Labour Government after the World War II following the recommendations of Beveridge Report. This government's vision was the creation of a centralized national welfare system that guaranteed access by all the citizens of the United Kingdom to certain preferable goods and to a system of monetary transfers on the condition of equality.

The system of Old Age pensions in the UK has several contributive and assistance levels. The peculiarity of the UK system in comparison with the Spanish system (and the majority of European systems) is the possibility of *opting out* from the public system of complementary pensions and a choice of using private plans, both individual or on the company level.

The contributory pillar in the UK is composed of two benefits. The first one is the Basic State Pension, which covers a modest part of the income. The amount covered depends on the number of years contributed and on the existence of dependants, but not on the income base. The second one is the Additional State Pension. Its function is to grant complementary pensions that would permit safeguarding of spending power previous to retirement. The amount depends on the years of contribution as well as on the amount contributed. Companies account for the possibility

of abandoning the public system to organize its own contributive program. Equally, workers can choose private plans of capitalization.

The Social Assistance pillar is also composed of several programs. The Minimum Income Guaranteed is a benefit that guarantees a minimum level of income to households composed of individuals 60 years of age and older, subject to an income test. This program may include some extra amount for special needs.

The Non-Contributive old age pensions is a program destined to protect elderly of 80 years old and above. To have access to this program it is necessary to reside in the UK at the time of claim, and at least for 10 years after your 60th birthday, as well as not being eligible for the basic pension (or be receiving less than 60% of the total basic pension amount).

Summing up, the United Kingdom is a completely centralized country when it comes to Old Age pensions. The recent devolution process has affected other social programs such as education, housing and social services. The debate in the UK has tended more towards their privatization than their decentralization.

United States

There are two main interpretations of federalism in the US. The first, dual federalism, holds that the federal government and the state governments are co-equals, each sovereign. In this theory, parts of the Constitution are interpreted very narrowly, such as the 10th Amendment, the Supremacy Clause, the Necessary and Proper Clause, and the Commerce Clause. The federal government has jurisdiction only if the Constitution clearly grants it. In this case, there is a very large group of powers belonging to the states and the federal government is limited only to those powers explicitly listed in the Constitution.

The second, cooperative federalism, asserts that the national government is supreme over the states, and the 10th Amendment, the Supremacy Clause, the Necessary and Proper Clause, and the Commerce Clause have entirely different meanings. For the most part, the United States' branches of government operate under the presumption of a cooperative federalism. The shift from dual to cooperative was slow steady.

The Old Age Survivors and Disability Insurance (OASDI), known by most Americans as Social Security is the largest income-maintenance program in the United States (about 96% of the jobs are covered). Entitlement to benefits and the benefit level are related to earnings in covered work. To qualify for Social Security a person must be insured for benefits. The OASDI benefit amount is based on covered earnings averaged over a period of time equal to the number of years the worker reasonably could have been expected to work in covered employment.

Workers finance the program through a payroll tax. The revenues are deposited in two trust funds (the Federal Old-Age and Survivors Insurance Trust Fund and the Federal Disability Insurance Trust Fund), which pay benefits and the operating expenses of the program. The Board of Trustees is responsible for managing the OASDI Trust Funds and for reporting annually to Congress on the financial and actuarial status of the trust funds. The Commission of Social Security is responsible for administering the OASDI program.

The main Social Assistance Program for the old age is also federal, the Federal Supplemental Security Income (SSI), which – despite the non contributory character- is administered by the

Social Security Administration (SSA). The Federal program guarantees uniformity in requirements to access the benefit, and a minimum level of income to the elderly throughout the nation. Federal SSI payments and administrative costs are financed from Federal Government general revenues. The States have the possibility to supplement the SSI inside their territory. In the year 2002, 41 states had their own supplementary program for old age. A state may administer its supplemental payments or choose to have them administered by the Federal Government.

III. Organisation of the Spanish system of old-age pensions

The Spanish transfer of income to the elderly is built on two pillars: the *contributory* and the *non-contributory* pensions. The contributory retirement pension scheme is based in the Bismarckian principle of Social Insurance. It was originally established at the beginning of the XX century. Under Franco's rule it was developed as a corporate system, trying to promote cohesion of the State and social peace. Therefore, it was organized as a social insurance divided between numerous regimes for different professions. Nevertheless, it was not until the coming of Democracy when we can talk about the existence of any form of Welfare State in Spain. In fact, in the early seventies, still one third of the individuals over 65 years old had no right to a pension. The amount of the benefits was small (average pension was less than 60% minimum wage), and there were many differences in rights depending on the professional regime.

The development of the Welfare State in Spain led to an important increase of the expenses on retirement pensions. This growth was determined by the increment of the number of pensions (in 2001 there was twice the number of pensioners than in 1980), the increase of the amount of the benefits, and the generalisation of the assistance principle. In fact, the Spanish contributory pensions are not purely social insurance. There is an important redistributive element: the minimum pension. This figure guarantees that old people with few contributions still reach a certain level of income. In 2002 more than 31% of the contributory retirement pensioners perceive this complement. The development of the retirement pensions in the eighties and nineties come together with a rationalization process. This process consisted in a reduction of the number of special regimes, as well as a harmonisation of the different regulations. Currently, there are only six regimes: general, self-employed, agriculture, sailors, miners and household employees. Every regime has a different regulation about contribution and benefits. However, there is no separate financing structure. Indeed, the general regime *superavit* is used to finance the deficit of the special regimes.

The second pillar of the system is the *non-contributory pensions*. Those benefits were established in 1990, by the Social-Democrat government. The aim was to fulfil the goal proclaimed in the Constitution of "*sufficient pensions for all citizens (art. 49 CE)*". This law eliminated the old social beneficence for the elderly. These new benefits were considered a *subjective right*. Therefore it was possible to claim them on court, if the individual fulfil the entitlement requirements: age, residence and income test of the household. The relative importance of those benefits is still small. In contrast to the almost four million contributory retirement pensions, the assistance benefits for the elderly are less than a quarter million.

III.1 The partition of competencies of old-age pensions in Spain

Table 1: Competence partition in Spanish old-age pensions.

Pillar	Beneficiaries	Regulation	Administration	Financing
Contributory	Workers that have fulfilled contributory requirements.	Central (basic legislation and economic regime) Autonomous Regions (non basic legislation)	Central (recognition of rights and administration: INSS; economic regime: TGSS).	Central (through contributions for the insurance elements, and general tax for the minimum guaranteed pension).
Non-Contributory	Citizens that do not reach a certain income level.	Central (basic legislation and economic regime) Autonomous Regions (non basic legislation)	Autonomous Regions (through the entities that have assumed the old IM-SERSO competence).	Central (general tax finance the non-contributory pensions). The Autonomous Regions finance exclusively their own complements.

Source: own work based on legislation.

The Spanish old-age pension system is quite centralized. The Constitution of 1978 stipulates the basic rule of partition of competence. Art 149.1.17^a establishes that the Central State has exclusive competence on “*the basic legislation and the economic regime of Social Security, without precluding the administration of these services by the Autonomous Regions*”. Art 148.1.20^a states that the Autonomous Regions (AR) can assume competence of *social assistance*. In addition, the Constitution recognises three fundamental principles on decentralization: *autonomy*, *solidarity* between regions, and *equality* of rights and duties of all citizens in the whole Spanish territory.

The interpretation of those articles has been the subject of debate. In fact, the Constitutional Court had the occasion to pronounce several times on this matter. The main issue is to understand what “*basic legislation*” of Social Security means. The Court has been quite generous in its interpretation, using a normative criterion. *Basic legislation* covers all Social Security regulation that ought to be common and uniform through the State (STC 102/1995). The argument is almost tautological: the Central State has competence on the *basic legislation*, and *basic legislation* is what ought to be competence of the Central State. Fortunately, the Court has pronounced on practical matters on various occasions, delimiting what concrete functions are covered in this concept: a) population covered (requirement of access to benefits) b) protection (amount and duration of benefits) c) legal regime d) economic regime (rules about contribution) e) administrative punishment.

Summing up, the concept of *basic legislation* is very wide. Therefore, the Central State has an almost absolute regulatory power concerning Social Security, whereas the AR plays a secondary role.

The second issue is the interpretation of the concept of *economic regime*. Again, the Court gave a wide interpretation in STC 27/1983. It understands that the Constitution is aimed to guarantee the existence of a unitary regime for all Spanish citizens. Therefore, the contribution funds are completely central, until the point that the AR can not even give instrumental orders of payment (as Catalonia intended).

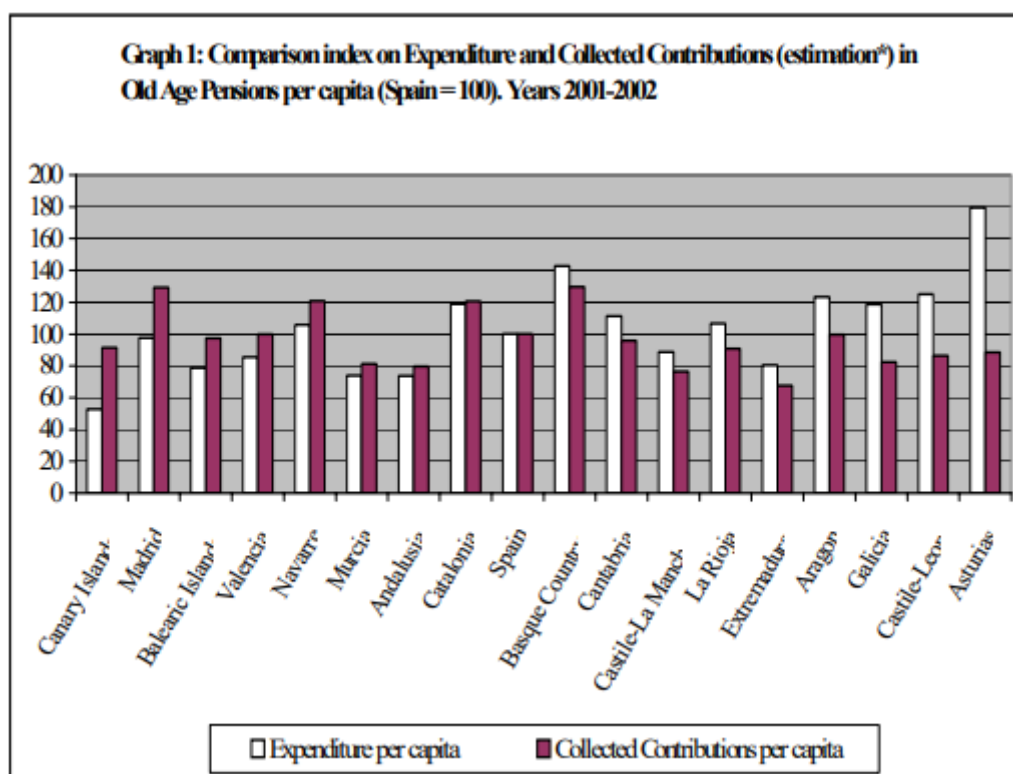
The third issue is the possibility of the administration of the Social Security pensions by the AR. Only five AR statutes have assumed this potential for contributory pensions. Nevertheless, the Court has interpreted this power narrowly. Indeed, it has established that the administration can only cover aspects that do not compromise the unity of the system (STC 24/1989).

The fourth and more problematic issue was the interpretation of the concept of Social Assistance. When the Constitution was enforced, there was no complete system of assistance benefits covering the population. In fact, those benefits were considered part of the public *charity*. However, in 1990 the Central State established a level of *non-contributory income protection* for the elderly. The election of this name for the new benefits (refusing to call them *assistance*) was to avoid falling within the competence of the AR. Nevertheless, the AR developed their own system of assistance monetary benefits: *the insertion benefits*, aimed to fight social exclusion. Those benefits were developed first by the Basque Country in February of 1989 (Statute 39/89), which initiated a *domino effect*. After a few years every AR developed its own system, completely regulated and financed by each AR.

The main attempt of the AR to play a role regarding *old-age* pensions was the development of a *supplementary benefit* for the old people who already receive the central non-contributory benefit. Andalusia developed the first complement at the end of 1998. Andalusia's social-democrat government decided to protect the elderly with low-income against the inflation, after the conservative central government decided to freeze the amount of those benefits. Some other AR like Catalonia, Basque Country and Navarre followed this example and also supplemented some central non-contributory benefits. The State government answered back starting a process on the Constitutional Court. However, this time the Court decided on favour of the AR, recognising that those benefits are constitutional due to their assistance character (that falls into the scope of art. 148).

III.2 The territorial effect of the old-age pensions in Spain

The first question we can ask is the following: is the incidence of the old-age pensions homogeneous in the Spanish territory? One attempt to answer this question is to look at the level of expenditure and contributions per AR. The table shows that there is a wide range of variation. As we have just explained, the Spanish contributory pensions are completely centralized. Therefore, the regulation is homogenous throughout the whole country. The financing of the benefits is provided in accordance with the principle of a *unique fund*. Nevertheless, there are substantial territorial differences on the incidence of the contributory system. The graph below shows an index of expenditure and contributions in social insurance old-age pensions. The range in expenditure per capita varies from almost half of the national amount (52,84) in the Canary Islands to almost 80% more in Asturias (179,54). This diversity can be decomposed in two factors: number of beneficiaries and average pension.



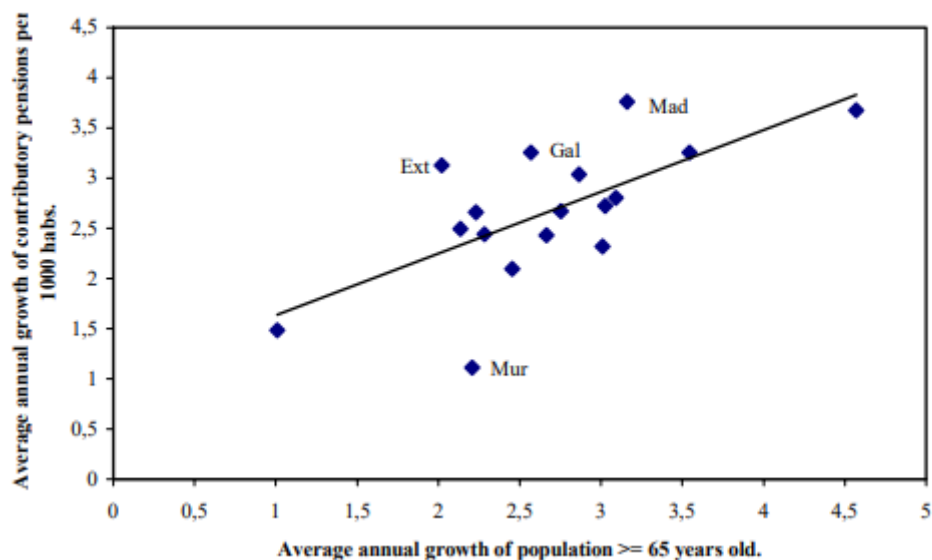
Source: Own calculations using INEbase database. www.ine.es

*The amount of collected contributions per person was estimated using data from National Institute of Statistics (INE) about number of affiliated workers, average contribution per AR and regime, and territorial distribution of special regimes. It takes into account all general compulsory contributions (excluded unemployment).

The number of pensioners depends mainly on demographic factors. In fact, the process of ageing of the population has not been homogeneous all over Spain. Some AR like Castile-Leon, Aragon, Galicia or Asturias already experienced the ageing process in the late eighties. These regions suffered an exodus of young people looking for job opportunities in richer areas like Madrid or Catalonia. Other AR, like the Canary Islands, have a much younger population, which leads to a smaller number of pensioners.

To check this effect in the last 15 years, we have plotted the average annual growth of all contributory pensions, with the ageing of the population, finding a direct relation between both variables, as expected.

Graph 2 : Changes in the relative growth of pensions and ageing of the population (1984-2000)



Source: Ruiz-Huerta, Ayala & Diaz Pulido [2002]. Own calculations based on data of the MTAS.

The second explicative factor about the variation of the aggregate expenditure in old-age benefits is the difference in the average pension by AR. The table below shows that there is also an important variation of this magnitude per region. The range goes from 83,5% of the national average of Galicia, to more than 120% in the Basque Country and Asturias.

Table 2: Relative average pension per AR (Spain =100%)

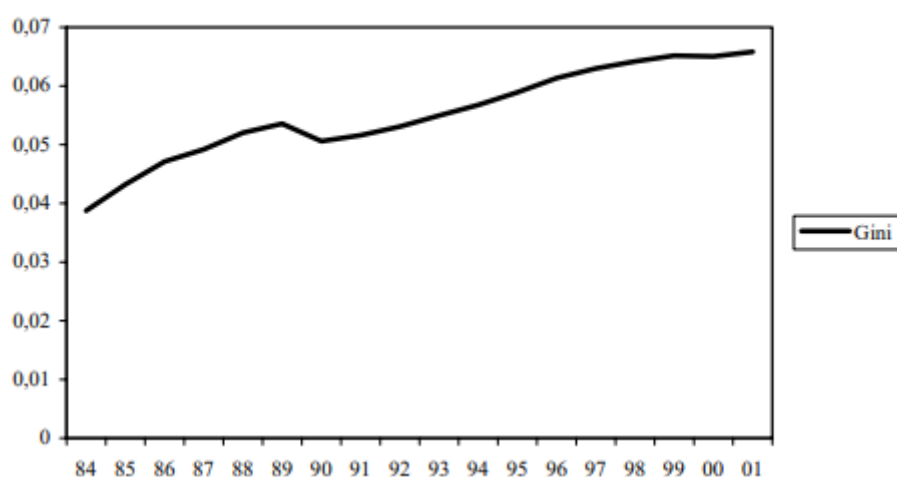
	1986	1991	1996	2001
Andalusia	94,5	94,8	93,7	92,8
Aragon	101,6	102,1	102,0	102,3
Asturias	120,3	121,3	121,5	121,8
Balearic Islands	93,6	91,3	90,3	90,5
Canary Islands	97,1	97,1	95,8	94,2
Cantabria	103,5	102,9	102,4	103,4
Castile-La Manche	95,8	95,8	93,0	91,9
Castile-Leon	97,7	98,5	96,9	96,6

Catalonia	101,9	101,0	102,2	102,8
C.Valencia	92,0	91,9	91,7	91,7
Extremadura	91,0	91,7	87,9	85,8
Galicia	90,0	87,3	84,5	83,5
Madrid	114,8	115,2	117,7	118,7
Murcia	93,9	91,9	90,2	89,2
Navarre	105,8	107,5	107,1	109,4
Basque Country	117,4	120,4	124,2	126,3
La Rioja	95,2	96,0	95,8	96,1
Spain	100,0	100,0	100,0	100,0

Source: Ruiz-Huerta, Ayala Cañón & Díaz Pulido [2002]. Own calculations based on data of the MTAS.

This spread has increased during the last twenty years of expansion of the system. To prove this fact, we have calculated a Gini index of dispersion of the average pension per regions in the period. The following graph shows that the difference has increased in the whole period. However, it is possible to appreciate a reduction of the slope in the last five years.

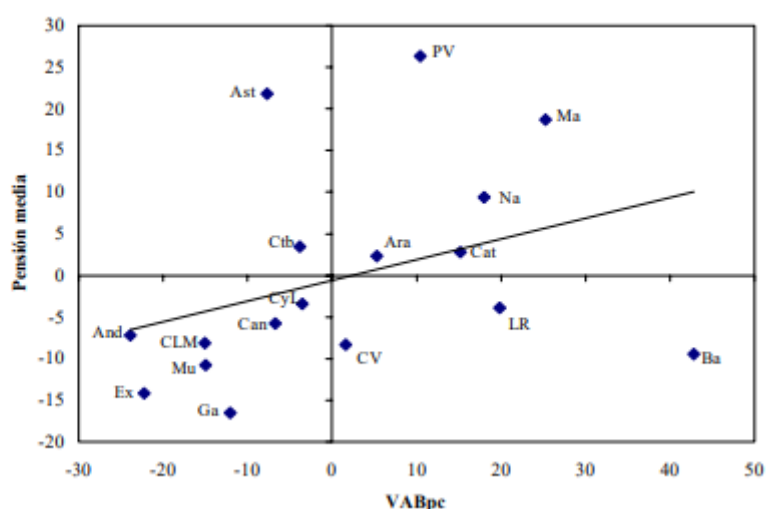
Graph 3: Evolution of the dispersion of the average pension per Region Index) by year.



Source: Ruiz-Huerta, Ayala Cañón & Díaz Pulido [2002]. Own calculations based on data of the MTAS.

What explains these important differences if the rules are the same for all regions? The answer has two parts. The first explanation comes from the degree of economic development in each AR. This factor (especially the average wage) has an important role in the calculation formula of the pensions. The graph below shows that there exists a correspondence between the Gross Added Value per capita and the average pension. To illustrate this fact we divide the graph in four quadrants, plotting the axes in the average national values. The intuition is that the south-west quadrant should contain the poorest regions, which also have low average pension. Whereas the north-east quadrant should contain the richest AR. However, 5 regions are located in different quadrants. In the north-west we find Asturias and Cantabria, two regions relatively poor, but with high average pension. Whereas, Valencia, La Rioja and Balearic Islands are relatively rich but have a low average pension. In all of these cases there are specific reasons different than the average wage that explain this fact. One of the main explanations of Asturias and Cantabria case is that both have a great percentage of retired miners, with relative generous regulations compared to the general regime.

Graph 4: Average pension and Gross Added Value per capita by AR

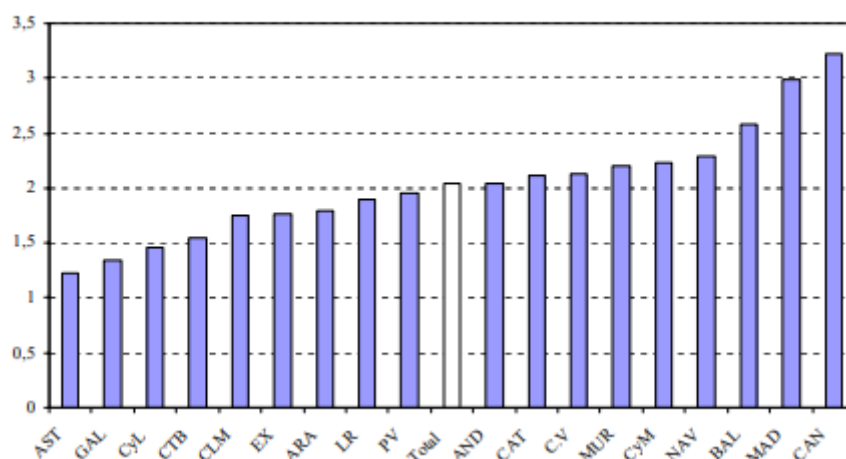


Source: Ruiz-Huerta, Ayala Cañón & Díaz Pulido [2002]. Own calculations based on data of the MTAS.

Finally, we should look at the relation between beneficiaries and contributors of the Social Insurance. Again, this index shows an important spread between regions. The range goes from 1,2 workers per pension in Asturias to around 3 in Madrid and Canary Islands. This ratio is very important to ensure the future viability of a pay-as-you-go pension system. Therefore, the superavit of contributions in some AR is currently financing the deficit in others. It is not possible to get official data of these *implicit regional transfers*, as long as the administration of the contribution is central, and the Social Security Treasury does not publish these values per region. The ratio workers/beneficiaries is a good proxy, taking into account that the richer regions pay higher average contributions and receive higher average pensions than the poorer ones. Some authors like

Calonge and Manresa [2000] have estimated the amount of these inter-regional transfers for the whole Spanish tax benefit system, concluding that the Social Security contributions and payments are a very important source of inter-regional compensation transfers.

Graph 5: Dependence ratio per Region (2001)



Source: Ruiz-Huerta, Ayala Cañón & Díaz Pulido [2002]. Own calculations based on data of the MTAS.

The conclusion of this brief quantitative analysis is the following. Despite the common regulation and economic administration of the system, the evolution of the economic and demographic factors in the last twenty years in Spain has favoured a spread both in the number of beneficiaries and in the average pension.

This fact, along with the diverse *inverse dependence ratio* (workers/pensioners) shows how even a unified system can not escape different economic evolution. Therefore, any attempt of decentralizing the social insurance retirement pensions should take account this regional diversity of economic development and demographic variables, in order to preserve the sustainability of the Social Insurance and economic cohesion.

IV. Conclusion

IV.1 International comparison

The degree of decentralization of old-age monetary benefits in the international context shows some patterns of regularity. In all countries we studied the Social Insurance pensions are heavily centralized. In fact, basic regulation and financing are completely federal in all analysed countries. The only exception to this rule is the Quebec Pension Plan (QPP) in Canada. However, it is important to clarify some points about the QPP. Firstly, it is a complementary pension, which covers only a part of the income. In contrast, contributory pensions in Spain, Germany, Belgium and USA are the main source of income of the elderly. Secondly, despite its *provincial* character regulation

and administration of both programs (CPP and QPP) are indeed very similar, with homogeneous rules and a high degree of coordination.

In most studied countries the role of regional governments is more important when it comes to the Social Assistance programs. The only exception is the UK, whose *devolutionary* process is still very recent. All countries we have analysed have some federally-determined minimum assistance benefits homogeneous for all the territory. The US Supplemental Security Income, the Canadian Old Age Security and the Belgian Minimum Income Guaranteed for the Elderly are regulated, financed and administered⁹¹⁰ at the federal level. Spain used to belong to this group, until the decentralization of the National Institute for Migration and Social Services. Presently, regulation and financing of assistance benefits for the elderly⁹¹¹ are centralized, but administration has been transferred to the Autonomous Regions (AR). The German system is different. There, the federal state establishes the basic regulation, but the *Länder* plays an important role in regulation, financing and administration of the benefits.

In addition to this Minimum Income Guaranteed to all citizens at the Federal level, we find many examples of regional supplemental assistance programs. In Canada and the US most regions have developed these supplements. However, in Spain the AR with their own supplementary programs are still a minority. To explain this fact, it is important to notice that the first supplement adopted by Andalusia was very recent, and it was followed by litigation in the Constitutional Court started by the central government. The Court found in favour of the Regions only one year ago.

IV.2 Decentralization of Social Insurance

Despite these similarities in the international situation, in Spain there are many proposals for decentralizing old-age pensions⁹¹². From another point of view, it is argued that a better alternative to the current situation would be *more centralization*, giving some competences to the European Union level. In order to analyse both proposals it is necessary to take into account the nature of the pension system.

According to the classical Fiscal Federalism theory, social contributions are benefit levies (individuals perceive that these taxes are the paid as a *price* for a concrete service). Therefore, decentralization will be possible. Then, why are social insurance pay-as-you-go systems centralized almost everywhere?

Firstly, contributions do not fit perfectly under rules of insurance, but they include a redistributive element in most countries. This element makes individuals with high income perceive a smaller return rate than individuals with low income. Therefore, under classical theory (with rational individuals, perfect information and low mobility costs) there is the fear that regions with a high degree of redistribution would become *welfare magnets*. Regarding the enterprises, the risk of mobility is even greater. For a company, social contributions are viewed as a tax on the use of labour. Therefore, everything else being equal, employers would prefer to move to regions with

⁹¹⁰ Or at least, the more important tasks of administration, like paying the benefits. Generally the administration is performed by autonomous bodies: the Social Security in the US, the Income Security Programs in Canada, and the National Office for Family Benefits in Canada. Some small tasks of administration, like admission of applications are performed at local government offices –e.g. in the Belgian case–.

⁹¹¹ Called non-contributory pensions in Spain.

⁹¹² For example, the Basque government recently claimed the administration of the contributory system.

low contributions and low pensions. It is important to note that the last argument does not work under the assumption of perfect competence in the labour market (then, workers in low pensions regions would only accept contracts that pay them an extra wage to compensate the reduction of future income).

There are many other arguments that justify the centralization of the Pay-As-You-Go. One of them is the existence of Social Risks. A risk is considered social when it simultaneously affects most members of a community. Small regions can not efficiently react to these social risks. Imagine, for example, that the small Spanish AR of Asturias would have to finance on its own the extra-cost of early retirements and the migration of actives due to the industrial conversion of the eighties. The smaller the risk-sharing community is the bigger the probability of social risks. As we have shown in the preceding section, in Spain (as well as in all other countries), there are regional differences in the economic development and the ageing of the population. If the local governments had to organize their own Pay-As-You-Go system, some of them (like Asturias, Galicia or Castile-Leon) would have many problems of sustainability. In fact, decentralization means penalising the regions that are net exporters of labour force.

It is relevant to mention that decentralization of contributory pension systems would raise the administrative costs. It would be necessary to organize a system of coordination for migrant workers. Different regulations would also bring an extra cost for the companies with offices in many regions.

The subject of decentralization of Pay-As-You-Go pension systems raises many equity issues. Pension systems are a very important source of regional redistribution of income. Decentralizing them will lead to fewer regional transfers. The economic cohesion of different regions is a wide-accepted principle in the European Union and inside the national states. Therefore, if the pensions are decentralized, it should be necessary to create some other regional transfers.

However, there are some arguments in favour of decentralization. In the current context of *searching for solutions against the ageing of the population*, learning by doing and trying new policy can be very useful. This is the sense of the Fiscal Laboratory argument. In fact, there is evidence supporting this argument in Canada, where some successful modifications in the national plan were rapidly adopted by the Quebec plan, and vice versa. Another argument is allowing the different regional preferences to conform different policies. However, do the preferences regarding pensions differ much inside a national state? If so, are there efficient mechanisms to make explicit this diversity? And are the benefits of this diversification superior to the losses in efficiency? Definitely, if we are talking inside a national state (e.g. Spain), it seems that the answer to these three questions is negative. Nevertheless, if we think about the European Union context, it seems that there are enough differences in social preferences to justify the existence of different pension programs.

IV.3 Decentralization of Social Assistance

From a classical Fiscal Federalism point of view, assistance pensions –being purely redistributive– should never be decentralized. Nevertheless, again we find contradictory evidence in all the countries of our study. Fortunately, additions to the classical theory can help us to explain this fact. Firstly, in all the analyzed countries, there is a minimum guaranteed throughout the federation for old-age assistance. Therefore, the possibility of a *race to the bottom* is restricted to a *race to the federal minimum*. However, we do not observe this race happening in any of the described

countries, which is coherent with the econometric evidence we have referred to in previous sections. The main argument seems that the *homo economics* seems to acquire some utility in living in a society which takes care of its old. In other words, old-age benefits are one of the most popular assistance benefits. Therefore, cutting them is politically risky (especially in a context of ageing of the population). Even in more liberal economies like US or UK, no one expects the low-income elderly go back to the labor market. Therefore, the main justifications for cutting assistance transfers (dependence of the benefits and disincentive of labor offer) are not applied to this benefit.

Local knowledge is a principle that applies more to Social Assistance than to Social Insurance. In fact, definitions, indicators and remedies for poverty can vary from one region to another. Therefore, there is a potential benefit in decentralizing a part of the social assistance. Indeed, the declared purpose of many regional supplements to low-income elderly was presented in terms of compensating for higher living costs in the region. Other argument that can explain the certain degree of decentralization in welfare policies is the control of the public expenditure, in line with Buchanan and Brennan Theory. However, this argument seems not to have been used in Spain (and not much used in Europe). Increase of political participation and regional differences in social preferences are the main arguments used in Spain to justify decentralization of Social Assistance. However, we have to counterweight this potential benefits with the losses in efficiency and territorial equity.

IV.4 Final considerations

As we have seen, economic theory can not provide a clear normative criterion about the right degree of decentralization on pensions. On theoretical grounds, models regarding decentralization take into account positive and negative effects on economic efficiency and equity. Moreover, decentralization of social insurance policies is a topic that has not been analysed deeply enough in Fiscal Federalism theory yet. The econometric evidence is not conclusive either. The attempt to measure the gains and losses in welfare presents many practical problems. The assumptions and the econometric models used are not neutral in the results of those papers. Further, decentralization involves many important non-economical considerations, like sovereignty, social cohesion, etc.

However, economic theory can be useful as an analytical tool to clarify the trade-offs involved in any decentralization process. In this paper we aimed to bring the salient issues of this perspective to the larger debate about decentralization of social security. The main advantages of decentralization are linked to the possibility of diversity in preferences, the better match between public decision and citizens's preferences, the *local knowledge* of smaller public authorities and the gains in efficiency and innovation due to public competence between regions. All these arguments seem to play a more important role in Social Assistance (SA) than in Social Insurance (SI). This fact justifies the current *status quo*, where SA benefits are subject to a higher degree of decentralization than SI pensions.

There are many risks associated with decentralization of social policies. Firstly, it is important to take into account the *sufficiency risk*. The question is whether regions or local states can raise enough taxes to guarantee an adequate level of public pensions. Moreover, the existence of social risks can damage the sufficiency principle. Therefore, any attempt of decentralization of pensions has to take into account this fact, in order to guarantee enough resources to maintain

adequate old-age pensions (e.g. through inter-territorial transfers). Secondly, there are some *equity risks* in any decentralization process. The issue is to decide whether it is acceptable or not that people from different regions receive different pensions (even with similar contribution effort). Connected to this decision is the issue of *inter-territorial equity*. As we have seen, social security contributions and benefits are important sources of *implicit* territorial redistribution. This redistribution will be absent in a complete decentralized system. The third risk involved is the *public character*. It has been argued that decentralization (without guaranteeing enough resources to regions or local states) can be a subtle way of introducing privatisation of pensions, due to fiscal competence between states. The fourth set is the *coordination and monitoring risks*. In a fully decentralized system it is more difficult to control the fulfilment of the objectives and the efficiency of the policies. The final risk regards to social cohesion. As Danny Pieters amongst others has pointed out, Social Security is one of the most important elements in the creation of national identity and social cohesion. Apart from the above mentioned risks, it is important to note the losses in efficiency derived from decentralization of pensions, such as loss of economies of scale, increased administrative costs and distortion of incentives for the geographical allocation of resources.

Therefore, from an economic point of view, a complete decentralization of old-age pensions to regional level seems very difficult. The losses in efficiency, equity and sustainability of the systems might probably exceed the benefits. The current situation in all analysed countries seems rational. Indeed, the harmonization of rules inside the European Union could follow this path of guaranteeing a minimum protection and certain homogeneity of the rules, while letting the national States (or regions) supplement the benefits. In conclusion, decentralization of old-age pensions raises a lot of theoretical and empirical challenges which are not solved yet. Therefore, any proposals have to be analysed carefully, in order to avoid unexpected effects on equity and efficiency.

V. References

- Alderman, H. [2002]: Do local officials know something we don't? Decentralization of targeted transfers in Albania. *Journal of Public Economics*. Vol. 83, (2002): 373-404.
- Bruce, N. [1995]: A Fiscal Federalism Analysis of Debt Policies by Sovereign Regional Governments. *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 28. Special Issue: Essays in International Economics in Honour of Douglas Purvis (Nov., 1995): S195-S206.
- Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (2002): "La Protección Social en Alemania. Situación legal a 1 de enero de 2002 (A997)". Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung. Bonn 2003.
- Cattoir, P. (1998): "Federalisme et Solidarite Financiere". CRISP
- Chubb, J. E. [1985]: The Political Economy of Federalism. *The American Political Science Review*. Vol. 79. No. 4 (Dec., 1985): 994-1015
- Feld, L. P., Kirchgassner, G. and Schaltegger, C. [2003]: Decentralized Taxation and the Size of Government: Evidence from Swiss State and Local Governments.
- Gramlich, E. M. [1987]: Federalism and Federal Deficit Reduction. *National Tax Journal*. Vol. 11, No. 3

- Holahan J et al [1998]: "Health Policy for the Low-Income Population: Major Findings from the *Assessing the New Federalism Case Studies*". Ed. *Assessing the New Federalism*.
- Human Resources Development Canada (2001): Canada's Retirement Income System. Documento PDF Disponible en <http://www.hrdc-drhc.gc.ca/isp>
- Human Resources Development Canada (2002): Annual Report of the Canada Pension Plan 2001-2002. Documento PDF Disponible en <http://www.hrdc-drhc.gc.ca/isp>
- Human Resources Development Canada (2003): Statistical Bulletin. Canada Pension Plan June 2003. Documento PDF Disponible en <http://www.hrdc-drhc.gc.ca/isp>
- Inman, R. P. and Rubinfeld, D. L. [1991]: Fiscal Federalism in Europe: Lessons from the United States Experience. *National Bureau of Economic Research*. Working Paper No. 3941.
- Inman, R. P. and Rubinfeld, D. L. [1998]: Subsidiarity and the European Union. *National Bureau of Economic Research*. Working Paper No. 6556
- Lieberman R. and Shaw G. (2000): Looking Inward, Looking Outward: The Politics of State Welfare Innovation under Devolution. *Political Research Quarterly*, Vol. 53, No. 2, 215-240
- MISSOC (2002): "Social Protection in the Member States in the EU Member States and the European Economic Area. Situation on January 1st 2001 and Evolution". http://europa.eu.int/comm/employment_social/missoc2001/index_en.htm
- Oates, W. E. [1999]: An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*, Vol. 37, No. 3 (Sep., 1999): 1120-1149.
- OCDE (1996): "Social Assistance in OECD Countries: Country Reports" Department of Social Security Research Report No. 47
- Peterson, P. E. and Rom M. [1989]: American Federalism, Welfare Policy, and Residential Choices. *The American Political Science Review*. Vol. 83. No. 3 (Sep., 1989): 711-728
- Pieters, D. (2003): Hacia un concepto europeo de federalismo social. *Segundas Jornadas Técnicas de Seguridad Social*. Madrid, Febrero 2003. Kluwer Law International.
- Pieters, D. (2004): The Social Security in the Member States of the European Union.
- Poirier, J. (1999): The Social Union: Solution or Challenge for Canadian Federalism? In Vansteenkiste and Taeymans (eds.) (1999): "Sociaal Beleid en Federalisme". Staatsrechtconferentie 1998. Ed. Vlaamse Juristen Vereniging. Brussels: 1999.
- Puljiz, V. (2003): The Welfare State and Decentralisation. *I.U.C Journal of Social Work Theory and Practice*. 2003,
- Rosen, H [2004]: Public Finance. McGraw Hill.
- Schwager, R. [1997]: Redistribution and Administrative Federalism. *The Canadian Journal of Economics*. Vol. 30, No. 4b (Nov., 1997): 1161-1183.
- Shroder, M.: [1995]: Games the States Don't Play: Welfare Benefits and the Theory of Fiscal Federalism. *The Review of Economics and Statistics*. Vol. 77, No. 1 (Feb., 1995): 183-191.
- Stiglitz, J. [1996]: Economics of the public sector. New York. WW Norton

Tresch, R [2002]: Public finance: a normative theory. Amsterdam. Academic Press 2002.

Vansteenkiste, S. (1998): Social Security in the European Community: Towards a Federal Style Division of Competences. In Pieters, D. (ed) (1998): "Social Security in the European Community". Kluwer Law International.

Vansteenkiste, S. (2003): Unemployment insurance and old age pensions in federal states. *Segundas Jornadas Técnicas de Seguridad Social*. Madrid, Febrero 2003.

Volden, C. [2002]: The Politics of Competitive Federalism: A Race to the Bottom in Welfare Benefits? *American Journal of Political Science*, Vol. 46, No. 2 (Apr., 2002): 352-363.

VI. Websites

Canadian Embassy: <http://www.canadianembassy.org>

German Federal Ministry of Health and Social Security <http://www.bmgs.bund.de/>

Internal Revenue Service, Department of the Treasury <http://www.irs.gov>

Pension Benefit Guaranty Corporation <http://www.pbgc.gov>

Regie des Rentes de Quebec (2003) <http://www.rrq.gouv.qc.ca/an/rente/11.htm>

Seniors programs and policies database (2003) <http://www.sppd.gc.ca>

Social Security Programs in the United States <http://www.socialsecurity.gov>

Legal Changes in the Nordic Social Security System during 1950–2000 in the Perspective of Subsidiarity and Solidarity – the Swedish Example*

Lotta Westehall

1. Introduction	389
2. Changes During the 1950s and 60s	390
2.1 Changes in the View on Need of Support	390
2.2 Changes in the View on Insurance Protection	392
2.3 Changes in the View on Medical Care and Treatment	393
3. Changes During the 1970s and 80s	394
3.1 Changes in the View on Need of Support	394
3.2 Changes in the View on Insurance Protection	395
3.3 Changes in the View on Medical Care and Treatment	395
4. Changes During the 1990s	396
4.1 Changes in the View on Need of Support	396
4.2 Changes in the View on Insurance Protection	396
4.3 Changes in the View on Medical Care and Treatment	397
4.4 Conclusions	397
5. Subsidiarity and Solidarity in the Nordic Social Protection Schemes	398
5.1 Legal Rights and Economy	399
5.2 Legal Rights and Politics	400
5.3 The Administration of Social Security	401
6. Final Remarks	402
7. Bibliography	403
7.1 Other literature	403

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 31/2005

1. Introduction

In the period 1950–2000 extensive societal changes took place in the Nordic countries. Studies show far-reaching demographic, economic and political changes that have naturally affected the legal regulation.⁹¹³ The rules governing the area of social security are the subject of this article and can be described as politicised law. The article will analyse changes within three areas of social security, the individual's possibility of retaining support aid when needed; the possibility of being covered by insurance protection in various situations of risk and of receiving medical care and treatment in the event of illness. The source of knowledge for this analysis is the legal norms and principles which have been created under the influence of actual changes in society, such as demographic and economic changes. Changes in the political ideology and the politicians' trust that the state will guide and achieve societal changes are mirrored in the legal changes during this period of time.

What then is the purpose of studying the legal changes in the social security during the mentioned period? The changes and the force with which they were carried out are based on a constantly changing source of knowledge. The output of knowledge expresses different scenarios of reality, which in turn constitute the foundation of the predominant values at a given time and of the ethical principles that are allowed to affect the structure of society. As a result, structures showing what is interesting or problematic from a legal point of view and what law can regulate emerge. The different scenarios of reality also delimit other images of reality and shape the foundation of opinions regarding relations of causality. The delimitations and relations of causality then function as the foundation of legal patterns of action and solutions.

Thus, I wish to study is how the basic material of knowledge used to determine the legal changes in the area of social security has changed between 1950 and 2000. In this context it is also interesting to examine whether the faith in the ability of the state to govern has changed, and if so, to find out what has replaced this faith.

This examination has an additional purpose. I intend to raise the normative issue of responsibility for social security. In what way has the *collective* and *individual responsibility* for social security manifested itself in the Nordic social security systems throughout the past decades and how is the situation of these relations of responsibility today? In this study, I will employ the two known principles of responsibility that are part of the principles of subsidiarity and solidarity. The aforementioned principle means, somewhat simplified, that responsibility and decision-making should lie as close to the individual as possible. The individual then assumes a position of power, which enables the social benefit to have maximum effect for that person. But the welfare of the individual must always be balanced with the welfare of everyone, meaning that power sometimes must be relocated upwards to a level where it will do most good for 'the benefit of everyone'. Hence, the principle of subsidiarity must be supplemented with the principle of solidarity, which entails a collective responsibility for everyone's good and thus contributes to the realisation of the common good. Individual and collective responsibility must be balanced in order for the good of the individual and the common good to be seen as fulfilled from the point of view of the prevailing values of justice and effectiveness.

⁹¹³ See my book 'The Fall of the Strong State? A jurisprudential study concerning Swedish social security 1950–2000' (Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000). Norstedts Juridik 2002.

My intention is thus to evaluate the overall legal changes in the Nordic social security systems, using the principles of subsidiarity and solidarity as tools regarding the shaping of social rights and the actual administration of these rights.

Below, I will account for the legal changes and their causes. Changes during 1950-70, 1970-90 and 1990 and forward will be treated in sections 2 to 4. In section 5, I will relate these changes to the principles of subsidiarity and solidarity in order to examine the balance between the two. Is there a balanced relationship between the principles or not? If not, is this connected with the legal changes that have occurred? Closing remarks will be made in section 6.

The following table presents a rough model of the main structure of the demographic, economic and political changes. Relying on my earlier studies in these fields, I mean that these changes were the basis of the legal changes in, above all, Swedish law but also to a great extent relevant for the rest of the Nordic countries during the period in question. The table sets out the structure and basis of my reasoning in sections 2 to 4.

	1950-70	1970-90	1990-
Demography	Large middle-aged group	Large elderly group	Large elderly group Increased middle-aged group
Economy	Strong growth	Economic justice	Market and competition
Politics	Political democracy	Solidarity democracy	Civic democracy
Law	Rule-of-law state	Welfare state	Service state

2. Changes During the 1950s and 60s

2.1 Changes in the View on Need of Support

People who do not manage their own support have always existed. For a long time, the need of support has been categorised in legislation as an issue concerning the relationship between the community and the individual. During the 19th century and the first part of the 20th century the activity was called social (poverty) aid, meaning that society aided an individual in need as an act of mercy. The legal position of the individual was very weak and he/she had to accept society's help as charity without being able to claim a right to aid. It was entirely a question of society's good will if aid was given. However, extensive changes took place in the middle of the 20th century. In the 1950s and 60s, increased citizen influence had affected a number of areas in society. The ongoing debate concerned influence in work-places, schools, hospitals, and health-care institutions etc. Discussions had particularly focused on the working procedures of the democratic process. The middle-aged were the largest group at that time and they were forcefully engaged in the issues of democracy.

In sum, there was a connection between the demands for increased influence and social issues in a larger context. To a large extent, the democratic debate had focused on how the citizens could affect the social environment in an industrialised society. This was an international trend that could be seen in most industrialised countries and largely came to affect social politics.

The legal changes occurring in the area of 'poor aid' and social assistance were extensive and were carried out in a society characterised by change and new points of view. The society on

which the concept of social aid was to be applied was a society marked by poverty and disease from the start. Increasingly, the state began to see it as its task to come to terms with these problems. The acts of charity employed so far were not sufficient to build a 'strong' state. At the same time, there was a development towards parliamentary democracy. Poverty, disease and high mortality created opposition between different classes and groups in society. It was simply essential to eliminate these oppositions in order to establish political democracy. One way of achieving this was to try to level the uneven distribution of income. The truly poor had to be given help to support themselves. Poverty had to be restrained. This would be accomplished with strong state governance and thus the public sector grew. Large economic ventures were made. Society invested itself out of difficulty, which was possible thanks to the strong economic growth during the 1950s and 60s. These decades were characterised by a seldom seen economic development. The state could afford extensive social investments.

This social politics was highly dominated by state governance and demanded new administrative authorities with new tasks. In order for these authorities to work satisfactorily social politics had to be regulated. It went so far that the expression 'Fuss-Sweden' was created. During this period, the principle of legality – the most important distinctive feature of a state governed by the rule of law – was concerned not so much with the material rules as with the procedural ones. Detailed and extensive procedural rules were required to achieve formal legal safety and equality of treatment. Justification and legality were seen as essential in order to fulfil the demands of the constitution.

However, it did not suffice that the state for its survival merely overcame the opposition caused by severe poverty and large differences in income in order to avoid overt conflict, ie to create political stability and democracy and to make way for democracy through legality and legal safety. It was also necessary to deal with the idea of the 'Swedish Welfare State'. A new humanistic way of thinking emerged, based on different theories of social science, which would become a vital part of the social democratic construction of the 'Swedish Welfare State'. Solidarity, fraternity and consideration marked this 'Swedish Welfare State'. However, the concepts were mostly used in political rhetoric.

The strong middle-aged group, the forceful economic growth, the impetus placed on participation in decision-making and political democracy and the emergence of Sweden as a state guided by the rule of law made the idea of caring for the poor through charity impossible. The social-political considerations behind social assistance implied that an unsatisfied need of support had to be satisfied by the state on other grounds than before. The aid was not to be regarded as charity but as a legal right that belonged to the individual. This right was based on the principal of equality, according to which it was not enough merely to treat like cases alike irrespective of the factual circumstances. On the contrary, it was an idea of equality based on objective criteria of likeness. Formal justice would prevail between those who had an unsatisfied need of support and those who did not. Formal justice would exist between these categories, and since the need of support always had to be tested from the individual's point of view, there was *formal individual justice*. It was never a question of material individual justice, which was clear from the occasionally conflicting statements in the preparatory works. During this period, an explicit idea of material justice was not reached either in the making of the law or in the application of the law in this area. The legal basic structure was thus formal individual justice. This basic structure characterised the legal management of the need of support during the latter part of the 1950s and

throughout the 60s.

2.2 Changes in the View on Insurance Protection

During the 1950s and 60s, insurance protection was considered the best way of achieving financial safety for the citizens. To protect oneself against risks through insurance was a social-political system that had been broadly accepted in the Nordic countries as well as in rest of Europe. The insurance could be construed in different ways. General social insurance was long regarded as the best way of achieving social security for the ordinary citizen. It also satisfied the demand for social justice. Such insurance systems distributed the resources evenly and had an equalising effect on financial and social differences between different groups of citizens. This was thought to contribute to higher solidarity between these groups. Through the victory of the insurance idea over that of support, social politics followed a completely new track. It no longer concerned only the lower classes but came to include everyone. The general pension was a similar insurance benefit even if it actually served many as a means of support. However, this did not change its characteristic features of insurance. Certain insurance benefits provided a kind of basic safety while others primarily protected against the loss of income. The sickness insurance belonged to the latter category.

Irrespective of category, the insurance was not based on an estimated need, which in some cases stigmatised the individual. The most important reason for introducing general insurance benefits was the wish to avoid segregation between different groups in society, which would be created by a more targeted scheme, based on actual need. The political purpose of the insurance scheme was to create an even distribution, which was thought to level the financial and social differences. Benefits compensating a lack of income and politics aiming at full employment rendered a positive content to the state's 'working line' (it is better to be working than to receive benefits from the public).

Thus, the state had a strong interest and dedication when it came to the creation of an extensive and general system of social security. This could be seen in the extensive legal norms, the supervision by state authorities, the procedure of appeal, and the increased process of justification. This was also illustrated by the creation of a court system in this area, which meant that the state had to give up some of its powers.

The sickness and maternity insurance covered the risk of being ill and having/caring for children. It had been shown in the old system of social aid that people with illnesses and those giving birth/tending their children often were a burden on society. The largest category of all those who received benefits were the sick, probably because the state saw people's health, including childbirth, as a matter of democracy. This was connected to the fact that it was important for the state to protect people's ability to work. A state could not function without a population fit for work. This had early been recognised in Germany where insurance protection for workers emerged already in the 1870s as a political necessity. The increased number of people at work, especially women, depended on both demographic conditions and economic growth. The sickness and maternity insurance could be seen as the state's way of showing its will and ability to satisfy the growing expectations of welfare.

However, the state's responsibility went further than a worker's insurance based on *fees*. The help given to achieve self-help was important but not enough. The principle of insurance was therefore supplemented with the principle of support, meaning that the state would add funding

so that the insurance would cover the costs for those with low or no income at all. From being considered as a private issue, the sickness insurance became a central task for the state. It would cover almost all residents in the state irrespective of whether they were able to pay insurance fees or not. The general application of the insurance was justified by the demand for collective justice between different categories in society. The notion of collective justice could be seen as a basic value that foremost interacted during this period, namely the idea of creating formal justice. The notion of collective justice as a basic value interacted with the issue of whom to cover by the insurance and the basic construction of the insurance scheme. Those who could not work due to illness and therefore suffered a loss of income would be compensated for this, ie the compensation would be proportionate to the loss of income. Those who did not suffer any loss of income (such as a spouse caring for her home) were granted an amount from the insurance in order to secure a minimum level of standard, equal for everyone. There were some considerations of material welfare, but it was foremost the formal character of distributive justice that was pointed out as the most important basic value of the legal set-up of the insurance protection. The empiric and normative background of the emergence of a public, general insurance during the 1950s and 60s was thus the idea of *formal collective justice*.

2.3 Changes in the View on Medical Care and Treatment

The health care of the 1950s and 60s was marked by a strong willingness to expand and develop the medical care without the accompanying of individual legal norms. Medical care did not seem to need a legal base to stand on. Since the need of health and medical care is universal, measures to alleviate suffering, prevent disease and promote and restore health were seen as almost self-evident.

The basic structure affecting the legal regulation of the need of support resembled the one that shaped the legal regulation of medical care. Like poverty disease could create antagonism between different classes and groups in society. It was vital for the functioning of the state to deal with antagonism between different categories and to create order and security. Therefore, the state saw it as an important task to be responsible for the health care. Public health care could fall back on hundreds of years of tradition. Alleviating and preferably curing illness was thus necessary in order to achieve political democracy. The state chose to shape the health and medical care from another starting-point than a legal one. The expansion of the health and medical care was made possible by extensive ventures of capital, personnel, equipment and facilities. Economic growth was the major reason for the strong expansion of the health and medical care during the 1950s and 60s.

Meanwhile, the state regulated the organisation of the health and medical care in detail in order to control the area where so many recourses were invested. This regulation concerned issues of organisation. However, such a stringent regulation of the public medical-care organisation did not allow for any thoughts of mercy. The duty of the provider of care to give care to all in need of it was regulated legally, but there was no corresponding right for the person in need of care. This mirrored the state's caution in regulating what was legally most vital from the point of view of the person seeking care. The public care-providers were charged with the task of providing care to those who needed it, but this group was never defined. The collective in question consisted of those who were resident within the state (county councils in Sweden) and in need of health care, but apart from these characteristics they were anonymous. The basic legal construction of the medical care and treatment can be described as a *social service*, neither based on a notion of

individual nor on collective justice but solely on the duty of the care-provider to offer medical care and treatment as a service.

3. Changes During the 1970s and 80s

3.1 Changes in the View on Need of Support

The population in Sweden during the 1970s and 80s was characterised by a growing amount of elderly people. The previously strong group of middle-aged people who to a large extent had contributed to the economic growth and growth in productivity, now started to be less economic important. The economic culture was no longer marked by the expansion of the previous decades but rather by the idea of economic justice.

Political democracy grew stronger in the 1970s and 80s through the incorporation of the idea of parliamentarianism in the Swedish Constitution Act of 1974. But what characterised these decades was above all a dimension of solidarity in democracy. This was expressed through the conclusions of the committee investigating the issue of low income, the constitutional rights and freedoms, the institutionalisation of the public policy of equality based on solidarity and justice and last but not least through social service, a central piece of legislation. The social service was based on solidarity and justice and came to characterise the 1970s, during which period the legislative process continued, and the 1980s when the Social Services Act was applied in real life. Whilst the political culture could be described as a solidarity democracy during this period, the legal culture was dominated by rational targets regarding welfare. Legislation within the area of social services was strongly affected by the legal culture of the welfare state. Solidarity democracy, economic justice and criteria of the welfare state marked the politics, the economy and the law during the 1970s and 80s. These cultures created the framework of the basic legal values of the system of social assistance during the 1970s and 80s.

What characterised the legal culture of the welfare state? The answer could be constructed as follows. In the welfare state there was a transition from negative to positive freedom. The central point of the positive freedom was that citizens lived a life offering freedom and the possibility of living a meaningful life. Formal likeness and formal legal safety were still important values but they were not seen as sufficient during the 1970s and 80s. Instead, they had to be combined with other ethical values and principles of justice. If this composition was not performed in an ethically acceptable manner the formal possibility of predicting the impact of a legislation could be great while the application in each case could lead to injustice and therefore unethical results.

An ethical, careful balance between the values of formal likeness/formal justice and those of material likeness/material justice – meaning each individual's *suum* – was seen as necessary. The material justice that characterised the social support of the 1980 Social Services Act was composed of several values of a distributive, commutative and corrective nature. The balancing of different issues varied from time to other, as did the values of reasonableness and justice that marked society at a given moment. It was, however, clear that the material criteria of justice dominated the formal ones during the 1970s and 80s. Therefore, it is justified to point out *material individual justice* as the basic value that determined the legal issue of need of support during this period. Unlike the previous decades, materially ethical values had been given a prominent place in the legal sources. The state's (the municipalities') legal management of the individual's need of support had obtained a firm ethical ground to stand on.

3.2 Changes in the View on Insurance Protection

In the 1950s and 60s, social or collective risks had been emphasised in the economic and political as well as legal discussions as central phenomena of state governing. Illness was seen as one of the most important social risks against which the state had to take measures. The working part of the population was seen as especially important to protect. During the 1970s and 80s, a political majority also considered parenthood and in some cases pregnancy as conditions deserving protection. The financial compensations paid in these cases were used by the state for distributive and goal-orientated purposes. They were conceived as rights since the insured individual had been given the possibility of appeal. The state, however, had unrestricted authority over these rights and distributed them in order to achieve collective goals. The law was used as a tool to achieve the goals of social security for people in situations of illness, parenthood or pregnancy.

As can be understood from the above, the basic structure of the social insurance was made up of formal collective uniformity. During the 1950s and 60s, when public insurance was created, the basic value was formal collective justice. The legal structure was mostly about formal likeness, such as likeness between loss of income and compensation, but also formal likeness as regards compensation between different groups. But the notion of illness and disability to work changed over time and mirrored the change in values. During the 1970s and, above all, during the 1980s an ideology was integrated in the concept of illness, emphasising a holistic view on the insured, considering both medical and psychosocial factors. It was considered important to create material justice between those who were on sick-leave based on an objective verifiable diagnosis and those who only had a diagnosis of their symptoms.

Analysis of the concept of working disability and of the conditions of the pregnancy and parental insurance pointed to ideologies of the welfare state with the purpose of achieving material as well as formal justice. Therefore, it would be correct to emphasise *material collective justice* as the basic value of the legal administration of the insurance protection during the 1970s and 80s.

3.3 Changes in the View on Medical Care and Treatment

Social service was the basic value characterising the legal administration of medical care and treatment during the 1950s and 60s. As mentioned above, the demographic culture during the 1970s and 80s was characterised by a growing number of elderly people, the political culture by solidarity democracy, the economic culture by economic justice and the legal culture by welfare state criteria. How did these surrounding ideas affect the structural values regarding medical care and treatment?

Also during the 1970s and 80s, regulations of medical law lacked rules about individual decision-making concerning care benefits. This means that the traditional guarantees of legal safety did not exist in this area. Other ethical values could, of course, exist within the material categories of justice and legal safety. However, material justice is based on what is formal and since formal justice did not exist, the criteria that created a welfare state and a rule-of-law state were not satisfied. In this sense health and medical care was not included in the otherwise dominant legal culture, ie in that of the welfare state. The individual seeking care/the patient received care as a service dependent on financial resources. Thus, the basic value was that of a social service also during the 1970s and 80s. The duty of the supplier of health care was to provide a service, not a right, although the supplier 'always' fulfilled this duty. Consequently, to the individual the service appeared to be a 'right'. Since the individual lacked the right to appeal, there was no legal right

to health and medical care, however, as care was 'always' provided the supplier's duty in fact functioned as a quasi-right. Since the patient was made visible in the health and medical care legislation in a completely different way than earlier, I think it is more justified to speak of *individual quasi-justice* than only of a social service.

4. Changes During the 1990s

4.1 Changes in the View on Need of Support

The social services legislation changed a great deal during the 1990s. This decade was characterised by a continued growth of the elderly population, by the idea that decision-making should be closer to the individual – and therefore of a civic democracy – and by the fact that the principles of the welfare state and the rule-of-law state diminished and were replaced by ideas of a service state. These ideas meant that the possibility of a material *appeal* diminished and that the social assistance was formalised by the creation of a national norm while it had different applications for different categories. One could no longer speak of material justice based on legal rights. Although some categories of people receiving assistance had the possibility of administrative appeal, social assistance had lost a lot of its character as a legal right. The justice created by the new legislation was no formal justice nor was it a mixture of formal and material justice dominated by the latter. Instead, to the extent that one can speak of likeness and justice, it had a predominant character of a service or a quasi-right and not of a legal right as earlier. We can therefore speak of *individual quasi-justice* as the basic characteristic of the need of support during the 1990s. For that purpose, the concept of quasi-justice means justice based on both legal rights and social service but with different prerequisites for different categories to receive social assistance. Since an assessment of the need had to be made in each case, quasi-justice was seen as individual just like formal and material justice.

4.2 Changes in the View on Insurance Protection

During the 1990s, the legal regulation of the insurance protection regarding sickness and parenthood was more complex and contradictory than during the previous decades. In Sweden, the legislation went through several changes that often depended on large financial savings. Legal control of the sickness and parenthood insurance was exercised through general quality assurance. The changes in formal as well as material rules negatively affected the development of the principles of the welfare state and the rule-of-law state. The 'camouflage' targets presented by the legislator covered the dismantling of earlier welfare targets and the weakening of formal legal security. The previous compensation of 90 per cent that had been thought as ethically well balanced reached a lowest level of 65 per cent during this period. This in addition to many other changes in the legislation, which diminished the welfare and affected the size of the sickness and parental benefits during the 1990s, justifies the question whether there was an ethically balanced consideration behind the rules of compensation for loss of support. Such other matters were, *inter alia*, the expansion of the waiting period, changes in the calculation of income (posts that had previously qualified as income entitling to benefits no longer gave such entitlement), a strong circumscription of the ability to compensate the lack of income not compensated by the state through additionally agreed sickness insurances called the 'diminishment rule', less compensation during holidays, parents having smaller possibility to plan their parental leave in a way that financially benefited them mostly and last but not least the ongoing discussions regarding the ceiling for a maximum and minimum level in the insurance. These rules excluded many young

people from the insurance scheme, and due to increased wages it prevented a growing number of people from receiving compensation above the sum equal to 7.5 times 'the basic amount geared to the price index'. An administration of justice that applied these rules expressed an unclear, insecure and unstable benefit system. In addition, this system of benefits did not reach an ethically acceptable level of the contemplations made even in the light of the purposes of the insurance principles that it was based on.

The basic value of insurance protection during the 1990s can be described as *collective quasi-justice*. Insurance benefits were not primarily engineered to satisfy as high demands of formal and material justice as possible. Compared to earlier schemes both the formal and material justice was weakened. Formal likeness and material justice were in many respects mixed with other targets that were not characteristic of either a welfare state or a rule-of-law state. Such a structure of values could thus be described as collective quasi-justice.

4.3 Changes in the View on Medical Care and Treatment

As pointed out above, the legal culture was generally characterised as a service state during the 1990s. This was true for all three areas analysed here and not only for health and medical care. The change in this area during the 1990s compared to previous decades was the introduction of a prioritisation regulation. This can be a strength as well as a weakness. The strength is that visible and accepted ethical principles decide the order in which those in need of medical care and treatment receive it. The weakness of this system is that its character of duty is made stronger by 'justifying' that those with lesser needs are left without care in situations of financial difficulty. The legislation's character of duty was enhanced through the prioritisation regulation.

Several clearly patient-focused rules were introduced together with the prioritisation rule. Even though they were not shaped as legal rights, their purpose was to improve the legal status of the patient and to create as just and safe conditions of care as possible. During the 1990s, the basic value could therefore, to a higher extent than before, be characterised as individual quasi-justice focused on *individual priority-based quasi-justice*.

4.4 Conclusions

The above analysis shows that the basic values of social law are about justice in one form or another. Social protection benefits – such as social assistance in situations where the individual needs support that he/she cannot satisfy in any other way; insurance protection in case of sickness, pregnancy or parenthood and medical care and treatment when needed – are provided as an expression of justice. Formal justice, material justice and quasi-justice are legal expressions of ethical principles of justice such as likeness, equal treatment and equal worth. The justice upon which social benefits are based is, above all, distributive justice, meaning like distribution according to need.

In all modern societies many individual needs emerge. Many needs are basic and 'have to be' satisfied independently of the character of the society, such as physiological needs in order to survive, but society and its structures also create needs. One such need is the need of security. The need of security is materialised as a financial, physical and social-psychological need.

Between 1950 and 2000, the area of social security has become more and more legalised. Social law as politicised law can be explained by its close connection to the power of finance in Chapter 1 paragraph 4 of the Constitution Act. Factors such as demography, growth and recession

together with the democratic structures of politics have strongly influenced the law, which has come to mirror these areas significantly.

During the economic growth of the 1950s and 1960s, a very active social policy was pursued in Sweden in the area of social aid, social insurance and health and medical care. The state wished to create a strong society filled with strong people. To this end the state used the law and carried out an extensive 'normalisation'. This was done through legislation, through the normative power of state authorities, through the application of the law, through the creation of local and regional committees and organs and through the chain of administrative courts. In carrying out the legalisation of social politics the state used its experience from other, already well-established areas of law, such as civil and procedural law. The established guarantees of a rule-of-law state within these areas served as models during the legalisation of social politics. After setting such a base, the state could proceed its normative work from a welfare-state point of view. Welfare targets were brought into social politics and they were realised in the social law. The legal safety of the rule-of-law state founded the legal safety of the welfare state. These legalised politics demanded a strong economy. Eventually, when the expansive social politics no longer could be run due to limited financial resources this also left a trace in the law. The welfare state, which rested upon the rule-of-law state, was succeeded by a service state in which the state 'marginalised' its legalisation on the welfare benefits. The legalisation of public social politics has thus diminished.

	1950-70 (Rule-of-Law State)	1970-90 (Welfare State)	1990- (Service State)
Need for support	Formal individual	Material individual	Individual quasi-justice
Insurance protection	Formal collective	Material collective	Collective quasi-justice
Medical care and treatment	Social service	Individual quasi-justice	Individual priority-based quasi-justice

From the above analysis of legal changes in the area of social security during the latter half of last century one can draw the conclusion that the foundation of knowledge in terms of images of reality, limitations, relations of causality, definitions, ways of action and formulation of problems has changed markedly. As a consequence, the politicians' faith in the ability of the state to govern through legal tools has also changed during the above-mentioned period. Based on material regarding the 1990s and onward one can conclude that the basic values extracted from the examined areas of social security to a lesser extent contain a basis for the principles of the welfare state and the rule-of-law state compared to the basic values of previous decades.

5. Subsidiarity and Solidarity in the Nordic Social Protection Schemes

Below, the principles of subsidiarity and solidarity will be related to the material of knowledge presented in the previous section. It has been stressed above that administration and decision-making should be made as close to the individual as possible in order for him/her to obtain maximum legal security and justice without diminishing the good of the collective. Therefore, the principles of subsidiarity and solidarity must always be in balance. If one principle is stressed in a certain decision, the effects of such a decision must be assessed. One has to position oneself if and how these effects can or should be balanced by using the other principle. It can be done by applying the ethical ideas in the base of that principle (either subsidiarity or solidarity).

5.1 Legal Rights and Economy

The diminished importance attached to legal rights during the 1990s has been pointed out above. The legal technique with legal rights subject to appeal that had grown based on the principles of the welfare state and the rule-of-law state and previously had been employed meant protection against financial attacks of power. For a long time, this legal technique could stand out against the financial influence from 1950 to 1990. After this time, it began to crumble. The financial exercise of power pierced the legal protection of the individual created by that right. This happened in several ways. The areas protected by law grew smaller, the possibility of administrative appeal diminished, individual flexibility disappeared, the basic prerequisites for qualifying for the legal right were changed and interpreted more narrowly, and the guiding principles served the purpose of financial savings instead of the purpose of creating the best social security possible for the individual. The law had stepped back for the economy. The area of legal rights had been weakened and partly merged with the area of service. This meant that there was no possibility of legal consideration in court and therefore the characteristics of a legal right were lost.

Social service does not offer any protection against financial power attacks. Health and medical care has always been exposed to financial attacks since there were never any legal patient rights, but the most ominous consequences took place during the 1990s and at the beginning of this century. Health and medical care is in a state of crisis that has financial causes. The law has never been able to create a tenable protection for the seeker and receiver of care. Although they belong to the group of legal rights, the other two areas, the need of support and insurance protection, materially have the same weak legal protection in many regards as the areas expressly placed within the group of services.

Today's legal regulation of social security is characterised by increasingly weakened protection of the individual due to financial obstructions. However, we have noted that this did not have any repercussions on the area of social law at the end of the 1970s and during the 1980s when economic growth became stagnant. Legal rights then offered an effective protection of the individual against the intrusion of economic power into social law. The reason was probably both the economic and political culture during this period. The economic culture was characterised by (financial) justice, a culture well in line with the welfare state's concepts of rights. The same went for the political culture, which was characterised by solidarity democracy. Politics were filled with the thought of creating social security in solidarity with the individual. Financial savings were not allowed to pierce the prevalent economic and political cultures.

This was first allowed during the 1990s when the economic culture no longer was justice but competition and the political, solidarity democracy had been replaced by civic democracy based on the dismantling of the public sector and of bureaucracy. The legal culture was marked by these other cultures and thus the idea of the service state was a fact.

Today, the financial power and its influence on the individual's social security heavily affect the legal governance. The economic cultures of growth, justice and competition have each been influential in a different way. Thus, social law has been transformed from an extensive formal legal regulation into an extensive material legal regulation and finally into a service regulation that leaves many issues of social security open. Competition and the play of the free market forces are now mirrored in the deregulation of rights. A social service can be left deregulated in an entirely different way than rights since one can always refer to lacking financial resources.

The circumstances just mentioned clearly show the great changes in the balance between the principles of solidarity and subsidiarity. The purpose of social rights – normative both individually and collectively – is to promote the good of the collective. A certain restraint on these rights could be thought to increase the feeling of responsibility of the individual. However, the weakening of solidarity as a cause of action has been so extensive that an ethically well considered balance no longer is beforehand. Financial considerations have not been based on a wish to create the best possible balance between the common good and that of the individual.

5.2 Legal Rights and Politics

The state also has political power in relation to the individual in the area of social security. Here, the legal regulation can be described as legalised politics. Politics and law are very close. Therefore, politicians have tried to use social law as a political regulator of the market during the 1990s. It goes without saying that politics has a determining role on the law, in our case the social law. All legal norms are based on political decision-making. All changes in legislation have their ground in politics. Social law is created and altered by political decision-making. The will of the majority determines the extent of social benefits. These are the rules of the game.

The wish to use social law as a political regulator of the market or even alter, amend or restrict it for financial or political reasons presupposes that the law has not been made too 'legally stable'. What does this mean? My answer foremost applies to Swedish conditions as this issue looks somewhat different in Norway and Finland, where social rights are partly given constitutional protection.

In one area, Swedish politicians have not used all available means to inspire confidence in the social legal regulation, and that is the constitutional area. There has been a lack of political will to make Sweden a state with a strong constitution. The social rights in chapter 1 paragraph 2 of the Constitution Act were not stated as legal rights but rather as targets. In the preparatory works regarding human rights and freedoms there is no connection to the area of public insurance or other securities. It would have been easier for the courts to apply these rights in the area of social law if there had been a political will to use the rules on prohibition of retroactive legislation in chapter 2 paragraph 10 of the Constitution Act or the rules on protection of property in chapter 2 paragraph 18. This never happened and Swedish administrative courts have always been very cautious and little inclined to act in a political manner.

If there had been a political will that the many changes in the Swedish social security system during the 1990s would not have taken place without satisfying the constitutional principles of trust and likeness, this could have been made possible. The social security system could also have been brought closer to the European Convention on Human Rights if there had been a political will.

It is true that political democracy was a solidarity democracy during the 1970s and 1980s since the state took upon itself a solidarity responsibility for the social needs of the individual or the social risks that he or she might encounter. But there was no political will to go any further. Political decisions were to be altered easily, ie a parliament should be able to change the social security system in part or completely irrespective of the individual trust in the system. Solidarity did not comprise constitutional protection. There must not be any connection between the entitled trust of the individual and the extent of an alteration nor between the justice of having balance and equality and the extent of the alteration.

In several European states the principles of trust and equality are accepted by the political systems. This is, however, not the case in Sweden. Political power can thus be a powerful counter-balance in relation to the individual and her/his social security. However, this power could also create tools with which the individual could protect himself/herself against interference from the state itself. This means that political culture could include constitutional protection against too much, more or less well-balanced political interference in social law. The culture of politics could be made up of a constitutional democracy. However, evolution has not proceeded in this direction. Political power has obstructed legal power from growing strong enough to be able to prevent social law from being used as a market regulator.

Also in this respect and due to political considerations, social rights have been used to restrict the norms of action prescribed by the principle of solidarity.

5.3 The Administration of Social Security

The balancing of collective goals and individual interests marked the welfare state. This balance manifested itself as a tension between the consideration for the individual on one side and the consideration for democracy and state governance on the other. It also affected the administrative law of the welfare state. It came to be about the relationship between the state and the individual, about organising this relationship and about the balance between collective goals and individual interests. Earlier, administrative law had assumed a clear opposition between the state and the individuals. A change of perspective made the administration appear as more and more of a tool for the political ruling over the citizens. However, the opposition between the state and its citizens disappeared during the 1980s and was replaced by an administration whose function was not (solely) to control the citizens but also to be at their disposal and service. There was by large a balance.

During the 1990s, the opposition between individualism and collectivism and their different demands grew more obvious again, which resulted in tensions within the administrative system. Today, the law of social administration is increasingly about handling conflict-solving issues. From having been target-orientated it has grown more norm-orientated again. Instead of distribution of growth based on legal rights-criteria, public resources are now objects of prioritisation. The increased internationalisation creates new conflicts that are solved either through negotiations and treaties or through national and international courts. The basis for solving these conflicts has new relevant criteria that integrate basic political, ethical and international principles. As a result, people's faith in the ability of experts to change and govern society has been greatly reduced, as has their faith in what the state can achieve, both normatively and in fact. The administration of social security is characterised by reorganisations and internal activity in order to secure an adaptation to the market and the users. This entails opposition between individual interests and central solutions. In many instances the result is separate solutions brought in each case. Social security and its administration have developed so as to meet market demands, demands of usage, and demands of balancing collective goals and individual interests. Thus, the struggle between solidarity collectivism on the one hand and individualism on the other characterises the administration of social security. Today the balance between solidarity and subsidiarity is not optimal because of the obvious fragmentation of the legal administration of social security.

The opposing couple of collectivism on the one hand and individualism on the other is related to another opposing couple, that of central and detail administration on the one hand and self-

administration on the other. At the end of the 1990s and at the beginning of this decade, the state increased its detailed administration of social security. This is true for all three areas of security. Central and detail administration has two consequences. The more central the administration the more difficult it is to co-ordinate different projects so that they do not oppose each other formally or in their application. Furthermore, the more the state governs through detailed rules about action in every possible situation the more difficult it is to get an overview of the system. This means that it is more problematic for the individual to use his/her rights. The lack of overview also has a negative impact on different legal actors in their application and supervision of the law as well as in their consideration of appeal. This situation is very tangible today. Above all, it creates insecurity and confusion for the individual about who is the object of the governance since he/she stands in the middle of a vast system of inexplicable rules over which there is no overview.

During the 1990s, self-administration increased in fact, although in modest size. It should be evident that self-administration entails a lesser burden for an overly bureaucratised and enlarged state power that increasingly tries to solve all possible and impossible tasks. However, what to 'put in the place' of this administration has proved problematic. Self-administration gives rise to problems of both a legal and a practical nature as well as in principal. The legal safety of citizens is also difficult to fully realise even though one has tried to maintain the basic guarantees of legal safety during the transition from a public-law activity to a private-law activity. The state alleges that the maintenance of the demand for likeness, especially in the shape of distributive justice, assumes forceful governance and that such governance is easier carried out through public central administration. Those in power today stress that social security as a common interest would be more difficult to market in a system of extensive local self-administration.

At present, the different forms of governance, such as central administration and self-administration, the latter not yet finally defined, create insecurity and uncertainty for the individual both regarding material and formal legal safety. The shaping of the principle of subsidiarity in today's Nordic security systems leads to a tangible unbalance between the good of the individual and the common good.

6. Final Remarks

The reader is by now familiar with the fact that I have devoted myself to observation and analysis of the legal administration of social security during the last half-century in the perspective of subsidiarity and solidarity. The observations and analyses have concerned past and present time. However, I have not indulged in any prognosis for the future and I will refrain from doing so in these closing lines. But I wish to make some personal comments on what I have presented above.

The adventure of social law that seriously began in 1950 has fifty years later more or less seized to exist and the entrepreneurial fervour that characterised the state has considerably died down. The structural façade built during the 1950s and 60s served well during the 1970s and 80s but partly wither during the 1990s. From the mid-1990s, the direction of the social project has changed considerably. When the project turned out to be in full scale the activity was fantastic, a social 'revolution'. Nowadays, the state is an administrator and not an entrepreneur. In my opinion a reconstruction of the social project is necessary. The reasons for this are as previously mentioned demographic, financial, legal, and last but not least ethical. A related question is what criteria should be considered as central, considering the development of the social project in the past fifty years. What is required to recreate the entrepreneurial state, a state that is not only

administrative but also creative, a state that launches new projects and is open to new needs, demands and possibilities? This is, of course, a central question to answer, but for me it will be in another context. Finally, I only wish to point out some circumstances that I mean will be central in a future structural building.

In order to revitalise the social law certain, basic facts must lie beforehand, such as trust not only in economic growth but also in the creative power of solidarity, collective participation, and more or less stable structures. However, some more concrete facts must also exist, such as the ability to explain why social security is needed and the attempt in the application not to turn individual legal rights too individual in the sense of being egocentric demand-focused. These factors are closely connected. They are all based on a *common base for values*. This in turn not only forms the basis of the content of the concept of solidarity but also of the concepts of collectivity and individuality. A common base for values also creates stability as well as consciousness of the deeper meaning of a collective social-security project. An intensive and deepened debate on this issue is necessary for the future social-security system.

7. Bibliography

7.1 Other literature

Aubert, Vilhelm. 1986. Rättssikkerhetssyndromet. In *Samfunn, Rett, Retterdighet*. Honorary writing for Torsten Eckhoff's 70th birthday, pp 38–54. Otta.

Bernt, Jan Fridhtjof & David Roland Doublet. 1998. *Vitenskapsfilosofi för jurister – en innføring*. Bergen–Sandviken: Fagboksforlaget.

Blomqvist, Paula & Bo Rothstein. 2000. *The New Face of the Welfare State* (Välfärdsstatens nya ansikte). Stockholm: Agora.

Castells, Manuel. 2001. 'The Age of Information' (Informationsåldern). Ekonomi, samhälle och kultur. Part I. *The Growth of the Network Society* (Nätverkssamhällets framväxt) 2nd ed. Göteborg: Daidalos.

Christensen, Anna. 1999. 'Protection for an Established Position – A Normative Basic Pattern' (Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster). In *Tidsskrift för Rettsvitenskap 1999* (4).

Dahlberg-Larsen, Jørgen. 1991. *Ret, styrning og selvforvaltning. Retsociologiske artikler og en introduction til emnet*. Aarhus.

Dahlgren, Göran. 1994. *The Health-care Markets of the Future. Winners and Losers*, (Framtidens sjukvårdsmarknader. Vinnare och förlorare). Stockholm: Natur och kultur i samarbete med Institutet för framtidsstudier.

Dworking, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard U. P.

Eichenhofer, Eberhard. 2000. *Sozialrecht*, 3. Auflage. Jena: Tübingen, Mohr Siebeck.

Eskeland, Ståle. 1992. Rettsikkerhet, velferdsstat og kommunalt selvstyre. In *Retfærd nr 59. Nordisk Juridisk Tidsskrift 1992* (4) pp 69 ff.

Esping, Hans. 1994. *Frame Regulations in Administrative Politics*, (Ramlagar i förvaltningspolitiken). Stockholm: Studieförbundet Näringsliv och Samhälle.

Ewald, Francois. 1989. 'Die Versicherungsgesellschaft'. In *Kritische Justiz* 1989 pp 385–393. Frankfurt am Main.

Frändberg, Åke. 2000. 'Of Legal Security' (Om rättssäkerhet). In *JT* 2000 pp 269 ff.

Glavå, Mats & Ulf Petrusson. 2002. 'The Illusion Regarding the Law! – The Legal Profession and Responsibility for the Legal Constructions' (Illusionen om rätten! – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna). In *Erkjennelse og Engasjement. Minnesseminar for David Roland Doublet (1954–2000)*. Bergen: Fagbokforlaget.

Graver, Hans Petter. 2000. 'Mellom individualisme og kollektivism – forvaltningsretten ved ingangen til et nytt århundrade'. In *Lov og rett. Norsk Juridisk Tidsskrift* 2000 (8) pp 451–482.

Hydén, Håkan. 2002. *Science of Norms* (Normvetenskap). Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet.

Hägerström, Axel. 1935. 'The Concept of Declaration of Will in Private Law' (Begreppet viljeförklaring på privaträttens område). In *Theoria*.

Höjer, Karl. 1953. *A Swedish Citizen's Protection against Want* (En svensk medborgares trygghet mot nöd), 5th ed Stockholm: Norstedts.

Inghe, Gunnar. 1960. *The Poor in the People's Home; A Study of Long-term Benefit Receivers in Stockholm* (Fattiga i folkhemmet; en studie av långvarigt understödda i Stockholm). Stockholm: Stadsarkivet.

Jonsson, Gustav. 1971. *The Social Inheritance* (Det sociala arvet). Stockholm: Tiden.

Ketscher, Kirsten. 1998. *Socialret*. Köpenhamn: Gad Jura.

Kjønstad, Asbjørn, ed 1994. 'Trygderettighetens grunnlovsvern'. In *Constitutional Protection of Social Security Benefits*. Oslo: Ad Notam Gyldendal.

Kjønstad, Asbjørn, Jan Fridtjof Bernt, Alice Kjellevoid & Harald Hove. 2000. Sosial trygghet og rettssikkerhet, 2nd ed. Bergen: Fagbokforlaget.

Landelius, Ann-Charlotte. 2002. 'Private Law Subjects within Social Service' (Privaträttsliga subject inom socialtjänsten). In *Issues of Legal Security in Social Law* (Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten), edited by L Vahlne Westerhäll, pp 48–76. Stockholm: Norstedts Juridik.

Lavin, Rune. 1992. 'Two-party Cases in the Administrative Process' (Tvåpartsmål i förvaltningsprocessen). In *Honorary writing for Håkan Strömberg* (Festskrift tillägnad Håkan Strömberg) pp 97–120. Stockholm: Norstedts.

– 'The Administrative Process before the 21st Century. Notes regarding the official report of the court committee' (Förvaltningsprocessen inför 2000-talet. Anteckningar med anledning av domstolsutredningens betänkande). State Public Commissions Series, SOU 1991:106. 1991. In *FT* 1992 p 455.

Lindqvist, Rafael. 'Conflict and Compromise at the Creation of the General illness insurance' (Konflikt och kompromiss vid den allmänna sjukförsäkringens tillkomst). In *Archive for Studies of the history of the workers' movement* (Arkiv för studier i arbetarrörelsens historia) pp 41–42, 52–81.

Myrdal, Gunnar & Alva Myrdal. 'Crisis in the issue of population' (Kris i befolkningsfrågan). In *Archive of the workers' movement* (Arbetarrörelsens arkiv) 11:1934–1935.

Nasenius, Jan. 'Social aid and Unemployment' (Socialhjälp och arbetslöshet). In SOU 1971:44.

Olsson, Sven Erik. 1990. *Social Policy and Welfare State in Sweden*. Lund:Arkiv

– 'When Power was Corrected' (När makten lades till rätta). 1991. In *Vision meets Reality. Of Social Governance and Actual Evolution of Society* (Vision möter verkligheten. Om social styrning och faktisk samhällsutveckling), ed S-E Olsson and G Therborn, pp 235–260. Stockholm: Allmänna förlaget.

Olsson, Sven Erik & Göran Therborn, ed 1991. *Vision meets Reality. Of Social Governance and Actual Evolution of Society* (Vision möter verkligheten. Om social styrning och faktisk samhällsutveckling). Stockholm: Allmänna förlaget.

Peczenik, Alexander. 1995. *What is Right? On Democracy, Legal Safety, Ethics and Legal Argumentation* (Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation). Stockholm: Fritze.

– *Legal Argumentation* (Juridisk argumentation). 1990. Stockholm: Norstedts.

– *Legal Theory and Method* (Juridikens teori och metod). 1995. Lund: Fritze.

Petersson, Olof. 1996. *The State of Law* (Rättsstaten). Stockholm: Publica.

Petrén, Gustaf. 'The Normative Power of Authorities' (Myndigheternas normgivning). 1988. In *Article series of the Legal Fund* (Rättsfondens skriftserie) nr 21. Stockholm: Rättsfonden.

Rosas, Allan. 'How is the State Doing?' (Hur går det för staten?). 1986. In *Samfunn, Rett, Rettfærdighet* pp 529–539. Festschrift til Torstein Eckhofs 70-årsdag. Otta.

Rothstein, Bo & Jonas Bergström. 1999. *The Fall of Corporatism – and the Crisis of the Swedish model* (Korporatismens fall – och den svenska modellens kris). Stockholm: Näringsliv och Samhälle.

Simmonds, Nigel E. 1988. *Legal Matters of Principle. Justice, Current Law and Rights* (Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter). Stockholm, Norstedts.

Therborn, Göran. 1991. Samhällelig styrning. In *Vision meets Reality. Of Social Governance and Actual Evolution of Society* (Vision möter verkligheten. Om social styrning och faktisk samhällsutveckling), ed S-E Olsson and G Therborn, pp 29–51. Stockholm: Allmänna förlaget.

Tuori, Kaarlo. 1992. 'The Welfare State, Risk Society and Social Law' (Välfärdsstaten, risksamhället och den sociala rätten). In *Retfærd* nr 58. *Norway Legal Series* (Norsk Juridisk Tidsskrift) 1992 (3) p 3 ff.

Vahlne Westerhäll, Lotta. 2002. 'State and Municipal Governance of Social Security – Need of Support as an Issue of Legal Security' (Statlig och kommunal styrning av social trygghet – försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga). In *Issues of Legal Security within Social Law* (Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten), ed L Vahlne Westerhäll, pp 22–47. Stockholm: Norstedts Juridik.

– 'Legal Security in the State of Law/ Welfare State – the Example of Need for Support' (Rättssäkerhet i rättsstaten/välfärdsstaten – exemplet försörjningsbehov). 2000. In *Nybrott og Odling*. Festschrift till Nils Nygaard. Bergen.

Weber, Max. 2000. *Power and Bureaucracy* (Makt och byråkrati). Oslo: Gyldendal.

Westerhäll, Lotta. 1987. 'Normative Power and Normative Consideration in Social Security Law' (Normgivning och normprövning inom socialförsäkringsrätten). In *FT* 1987 pp 104–124.

Wilhelmsson, Thomas. 2001. *Late Modern Law of Liability. Private Law as tool for Micro Politics* (Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik). Uppsala: Iustus.

**Sussidiarietà e sicurezza sociale:
una prospettiva storica dell'approccio "a più livelli"***

Lorenzo Gaeta

1. Le tante radici della sussidiarietà	408
2. L'organicismo aristotelico-tomista	408
3. Il federalismo althusiano	409
4. Il giusnaturalismo razionalistico: dal cameralismo all'individualismo	409
5. L'idealismo tedesco e la Rivoluzione francese	410
6. Le dottrine cattoliche tra restaurazione e riformismo sociale	411
7. Liberismo e socialismo utopistico	412
8. Liberalismo costituzionale e positivismo giuridico	412
9. La dottrina organicistico-comunitaria	413
10. Dottrina sociale cattolica e associazionismo operaio	413
11. La teoria cattolica classica	414
12. Le dottrine del corporativismo	415
13. Il nuovo liberalismo	416
14. Caduta e ascesa della sussidiarietà	417

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 32/2005

1. Le tante radici della sussidiarietà

Uno studio di qualche anno fa ci segnala una singolarità: tra i maggiori vocabolari della lingua italiana, il termine “sussidiarietà” è comparso per la prima volta solo nel 1997 (nello “Zingarelli”); del resto, il programma di Word per Windows su cui il presente contributo è stato redatto (e questi programmi hanno ormai dizionari sofisticatissimi) non conosce il termine e lo sottolinea in rosso. Ma c’è di più: nessuna delle tantissime enciclopedie giuridiche che da più di un secolo si sono pubblicate in Italia contiene la voce “sussidiarietà”, evidenziando (almeno per il momento) l’estraneità di questo principio alla nostra tradizione giuridica. C’è bisogno, perciò, di un piccolo preambolo delimitante.

Il sussidio, etimologicamente, indica l’aiuto, il soccorso. Pare che l’origine del termine “sussidiarietà” provenga dalla terminologia militare romana, laddove stava ad indicare quelle truppe di riserva che rimanevano dietro al fronte, pronte ad intervenire in aiuto, in caso di necessità, alle coorti che combattevano nella *prima acies*. Modernamente, il termine è venuto poco alla volta ad indicare il ruolo dell’intervento dello Stato centrale, visto come *ultima ratio* per il caso in cui i soggetti e le istanze presenti sul territorio non siano in grado di provvedere, innestando un meccanismo in cui si dà preferenza al livello decisionale più “vicino” al cittadino. Questo nel duplice profilo della sussidiarietà verticale, quale criterio di distribuzione delle competenze tra Stato e autonomie locali, e della sussidiarietà orizzontale, quale criterio ordinatore dei rapporti tra pubblici poteri e soggetti privati o comunque esterni all’organizzazione della pubblica amministrazione, siano essi formazioni sociali o individui.

Non è però il caso di spingere oltre tali considerazioni generali e definitorie: il compito di questo saggio è diverso, proponendosi piuttosto l’obiettivo di offrire una sorta di velocissima “storia delle idee” sulle quali si è venuto fondando nei secoli l’approccio “a più livelli” nei rapporti tra centro e periferie, con particolare riguardo al campo di quella che oggi definiamo sicurezza sociale. È necessaria, però, una ancor più breve premessa metodologica: sarebbe vano ricercare nella storia del pensiero politico e giuridico occidentale un legame troppo stretto tra teorie elaborate magari a secoli di distanza e comunque in contesti spesso affatto diversi tra loro e da prospettive ideologiche (e con obiettivi di politica del diritto) eterogenee e forse anche conflittuali. Qui si perseguirà uno scopo molto modesto: proporre, nel loro sviluppo diacronico, dei materiali in grado di far comprendere le molte matrici culturali (e quindi i tanti padri) di un principio, quello di sussidiarietà, che forse è stato opportunisticamente buono per tutte le stagioni (o almeno per molte).

2. L’organicismo aristotelico-tomista

Se si vuole partire davvero da lontano, nell’andare alla ricerca delle radici politico-filosofiche del principio di sussidiarietà, è possibile tornare addirittura al IV secolo a.C. e prendere le mosse dalla *Politica* di Aristotele, la cui società è formata da gruppi sociali (famiglia, villaggio, città), ognuno dei quali assolve compiti specifici e provvede alle proprie esigenze, lavorando per rispondere ai bisogni lasciati insoddisfatti dalla sfera immediatamente inferiore. La città-stato, la πόλις, nella sua attività di “supplenza”, costituisce il mezzo che consente all’uomo di realizzare i suoi fini, facendolo vivere “in modo felice e bello”, senza invaderne l’esistenza quotidiana.

Nel medioevo Tommaso d’Aquino (*Summa contra gentiles*, 1263) rilegge Aristotele, sostituendo l’entità cristiana di persona a quella antica di cittadino, elaborando una idea del “contratto sociale”: all’interno di una società molto variegata (oggi si direbbe una società “delle differenze”),

che bene fotografa la ricchezza consociativa del tempo, emerge con nettezza un soggetto umano che agisce in un contesto comunitario, solidaristico e non conflittuale; egli è bisognoso di quel *subsidium* che, per perseguire il bene comune, possono dargli i gruppi sociali e solo in subordine – in caso di insufficienza – il potere politico. Questo, infatti, si comporta correttamente solo laddove non si sostituisce al compito “naturale” delle persone, delle famiglie e dei gruppi associati; il suo scopo deve essere solo quello di garantire a tutte le istanze sociali le condizioni per raggiungere utilmente i propri scopi: correggere, supplire, perfezionare.

3. Il federalismo althusiano

Nel '600 Johannes Althusius (*Politica metodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, 1603), innestandosi sulla radicata matrice del particolarismo germanico medievale e rileggendo le sollecitazioni “federalistiche” del calvinismo, elabora una sua concezione del “contratto politico”, come strumento per trasferire ai governanti non un potere illimitato, ma solo la quantità necessaria allo stretto soddisfacimento dei bisogni dei consociati: la società è infatti composta di comunità diverse e di ampiezza crescente (famiglia, corporazione, comune, provincia, signore), di cui il potere politico non è che l'ultimo gradino. È l'esaltazione organicistica dei gruppi “simbiotici” (si pensi che la Germania del tempo non ha uno Stato ma è ricca di tanti gruppi diversi e orgogliosamente autonomi): l'ingerenza del gruppo superiore deve essere perciò ridotta al necessario; il potere supremo deve pensare in grande, non occuparsi delle minuzie, non intromettersi negli affari delle comunità.

Ed è in quegli anni – come è dimostrato dalla magistrale ricerca di Bronisław Geremek sulla storia della povertà – che le città-stato mitteleuropee propongono una radicale revisione della tradizionale assistenza agli indigenti, prevedendo il coinvolgimento diretto dei comuni nella gestione di tale complessivo sistema. È tra l'altro da notare come le competenze statali nell'assistenza ai poveri, con questa sorta di sussidiarietà verticale *ante litteram*, si affermino quasi esclusivamente nei paesi protestanti, mentre in quelli cattolici prevalga invece l'affidamento di questi compiti alle istituzioni religiose.

4. Il giusnaturalismo razionalistico: dal cameralismo all'individualismo

Le pagine di Althusius rimangono però, almeno all'apparenza, inascoltate, mentre si assiste al dilagare dell'idea, specularmente opposta, dello Stato assolutista e onnipotente. Il giusnaturalismo secentesco – specie quello di Samuel Pufendorf – viene rielaborato nel secolo successivo in una prospettiva “razionalistica”. In una prima versione, ne deriva, soprattutto in Austria e in Germania, quella dottrina dell'amministrazione dello Stato che va sotto il nome di cameralismo: compito primario dello Stato – si dice – deve essere quello di garantire il raggiungimento della “felicità” dell'individuo e della collettività; nel far questo, però, lo Stato – è questa l'analisi di Johann Heinrich von Justi (*Grundsätze der Policy-Wissenschaft*, 1759), il maggiore esponente di questa corrente – deve operare perseguendo il criterio della *gute Policy*: tutte le attività volte ad assicurare il benessere comune, quindi anche l'assistenza, devono essere di sua competenza: si dà così l'avvio – almeno in questi paesi – ad un processo di forte burocratizzazione della politica sociale.

Perciò, in una situazione che risente da un lato di queste teorizzazioni interventistiche, dall'altro delle nuove sollecitazioni illuministiche, si colloca un testo normativo che segna un punto fondamentale in questa ricostruzione, e che – pur recependone lo spirito – corregge certe rigidità della

dottrina cameralistica in una versione tipica dell'assolutismo illuminato. Il Codice generale (*Allgemeines Landrecht*) della Prussia del 1794 prevede infatti l'obbligo solo sussidiario dello Stato a provvedere in via generale alla sussistenza "di quei cittadini che non sono in grado di provvedere al loro mantenimento da soli", demandato in prima istanza ai comuni.

Dal giusnaturalismo razionalistico discende, poi, anche una lettura del tutto diversa: si tratta della prospettiva fortemente individualistica della "ricerca della felicità", che ha profonde e antiche radici filosofiche, ma che in quegli anni si radica soprattutto nella realtà americana, nella quale l'obiettivo della sicurezza sociale è riconosciuto come diritto primario del singolo, in misura tanto intensa da venire addirittura codificato nel *pursuit of happiness* della Costituzione degli Stati Uniti del 1787. Qui parrebbe privilegiata una versione molto meno verticale della sussidiarietà, spinta anzi verso un marcato astensionismo dello Stato nelle questioni sociali, lasciate al libero dispiegarsi della iniziativa individuale.

5. L'idealismo tedesco e la Rivoluzione francese

È l'idealismo tedesco a portare un colpo decisivo alle ricostruzioni interventistiche precedenti, tanto radicate in molti Stati "assistenziali" dell'Europa centrale. Per Wilhelm von Humboldt (*Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792) e Immanuel Kant (*Die Metaphysik der Sitten*, 1797), lo Stato non può arrogarsi il compito di provvedere al benessere e alla felicità collettiva: solo uno Stato biemente dispotico agirebbe in questo senso. L'ideale supremo di "bene comune", inteso come sviluppo libero dell'individuo, va perseguito restringendo i fini e i compiti dello Stato alla sola sicurezza individuale e collettiva.

Ne deriva in Europa una profonda divergenza tra due modelli: da un lato, negli Stati germanici, si rafforza il rifiuto di uno Stato del benessere sempre più paternalisticamente interventista (come quello prussiano), facendo gravare in misura costantemente maggiore il peso delle politiche assistenziali sulle istanze "orizzontali": è evidente la forte influenza dell'idea dello Stato etico che Georg W.F. Hegel espone nelle *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), dove lo Stato non è solo la "realtà dell'idea etica", cioè dell'idea di libertà, ma è anche un'entità che legittima e coordina le autonomie (Hegel scrive in una Germania ricca di tante autonomie ma ancora alla ricerca di uno Stato unitario) ed è per ciò stesso uno strumento sussidiario di previdenza, accanto alla famiglia e alla società. Dall'altro lato, in Francia e nei paesi più sensibili al nuovo verbo della Rivoluzione dell'"Ottantanove", si afferma la richiesta verso l'ampliamento delle responsabilità sociali dello Stato, con la conseguente costituzionalizzazione – sia nel 1791 che nel 1793 – dell'obbligo di assistenza pubblica: la contemporanea lotta ad ogni istanza intermedia tra il cittadino e lo Stato, uno dei pilastri portanti dei principi rivoluzionari (di marcata matrice anticorporativa e anticomunitaria), rimette al centro di tutto (quindi anche delle politiche assistenziali) lo Stato monolitico e accentrato, aprendo al più la strada verso uno sviluppo di tipo "verticale" di quella che oggi chiamiamo sussidiarietà.

Questa divaricazione tra due modelli comincia proprio allora a prendere piede e prescinde dalle ragioni politiche e ideologiche che vi sono alla base: tra gli stati accentratori figurano, infatti, sia la Francia che la Prussia, tradizionali antagonisti che sono giunti a questo sviluppo facendo percorsi completamente opposti. La distinzione, che scavalca subito i confini dell'oceano, trova un icastico osservatore in Alexis de Tocqueville. Nel suo classico *De la démocratie en Amérique* (1835), egli nota come gli americani si associno di continuo e che, laddove si debba "fare feste, fondare seminari, costruire alberghi, innalzare chiese, diffondere libri, inviare missionari agli

antipodi", in Francia si vedrà di sicuro il governo alla testa di ogni nuova istituzione, mentre negli Stati Uniti si vedrà con certezza un'associazione. Il cuore di Tocqueville batte per il paese dei pionieri; egli, però, a differenza di Hegel (al quale pure l'accomuna l'avversità al potere accentratore), non crede molto nello Stato, ed esprime con forza il chiaro convincimento che "l'uomo ha una sovranità sulle cose e soltanto quello che da solo non può compiere deve essere affidato ad una organizzazione collettiva. Le organizzazioni collettive, per garantire il massimo sviluppo del singolo, devono intervenire solo nell'esercizio di quelle attività che non possono essere svolte da organismi di grado inferiore".

6. Le dottrine cattoliche tra restaurazione e riformismo sociale

A metà '800 le riflessioni sul tema aumentano notevolmente, e le analisi finiscono con l'approdare spesso al medesimo punto, pur provenendo da movimenti di orientamento assai disparato, che non sempre leggono la sussidiarietà come risposta polemica antirivoluzionaria e restauratrice. D'altra parte, il marcato sfavore verso le coalizioni di ogni tipo, retaggio – appunto – della rivoluzione borghese di fine '700, viene progressivamente mitigato, fino a scomparire del tutto in ogni realtà socio-politica.

È innanzitutto il pensiero cattolico ad imprimere una accelerazione impensata alle considerazioni sulla sussidiarietà. Prevalgono in un primo momento le sue frange portatrici di una ideologia controrivoluzionaria conservatrice. La rappresentano, tra gli altri, il politico svizzero Karl Ludwig von Haller (*Restauration der Staatswissenschaft*, 1816-25), che propone un sistema di poteri sociali-naturali, fortemente antitetico rispetto alle teorie costituzionali della sovranità, tipiche dell'ordinamento nato dalla Rivoluzione; sistema all'interno del quale – per il soddisfacimento dei bisogni sociali – opererebbe l'azione delle aggregazioni "naturali" (famiglia, Chiesa); e l'italiano Luigi Taparelli (*Saggio teorico di diritto naturale appoggiato al fatto*, 1840-43), secondo cui l'intervento dello Stato deve sempre concretarsi in un "meccanismo ausiliario", di valore secondario rispetto a quello dell'individuo e dei gruppi, soprattutto laddove esso offre assistenza, ovvero beni materiali: questo aiuto è solo un ripiego, tanto per impedire agli individui di morire, ma non consente loro di sviluppare la propria energia.

Il pensiero cattolico esprime però soprattutto un'ideologia che va oltre il conservatorismo anti-giacobino di questo primo filone. Antonio Rosmini, nella *Filosofia della politica* (1838), riflette su come il "governo civile" operi contro il suo mandato quando si mette in concorrenza con gli individui o, peggio, quando avoca a sé il monopolio di iniziative che meglio sarebbero svolte da singoli o da associazioni; per concludere che lo Stato deve fare "solo quello che i cittadini non possono fare". Il vescovo di Magonza, Wilhelm von Ketteler (*Offenes Schreiben an seine Wähler*, 1848; *Die Katholiken und das neue Deutsche Reich*, 1873), che così tanto influenzerà Leone XIII, si fa propugnatore, anche nella sua veste di politico, di un ruolo predominante da parte delle comunità familiari e delle associazioni di lavoratori riguardo a tutto ciò che da soli sono in grado di fare in campo assistenziale; il contrasto col tradizionale ruolo accentratore dello Stato va risolto nel senso che ad esso rimane attribuito un solo "diritto sussidiario" (è usato proprio questo termine) di sostenere finanziariamente le entità territoriali e, più in generale, di soccorrere i più deboli quando, paradossalmente, ad opprimerli è proprio la libertà (quella fasulla libertà contrattuale alla base di tante ingiustizie nel mondo del lavoro): perciò Ketteler chiede con forza al Reichstag l'emanazione di leggi sociali che vietino il lavoro dei bambini con meno di quattordici anni.

7. Liberismo e socialismo utopistico

In quegli anni emergono anche analisi di autori che rappresentano correnti di pensiero di orientamento diverso, spesso radicalmente difforme, che però sembrano tutte convergere verso la medesima conseguenza del valore sussidiario dell'intervento statale in campo assistenziale. Da un lato, si pone il pensiero liberale, ispirato sul punto da Locke e dagli idealisti, che elabora la supplenza dello Stato quasi solo nel suo significato negativo di non ingerenza. Ad esempio, John Stuart Mill (*On Liberty*, 1849), è consapevole che i mali cominciano laddove il governo si sostituisce "alle energie e alle iniziative di individui e associazioni", quando ordina loro di tenersi in disparte, agendo in loro vece. Perciò, lo Stato può al più aiutare e sostenere, eventualmente e sussidiariamente, le istanze organizzate; riguardo al singolo – e qui l'influsso lockiano è evidente –, stante l'enorme sproporzione tra i due interlocutori, o lo lascia interamente libero (e l'uomo di questi teorici è quello capace di bastare a sé stesso) o lo tutela quasi come un bambino; di conseguenza, l'unico legittimo intervento assistenziale pubblico può sostanzialmente consistere in una sorta di "carità di Stato", e in nient'altro.

Dall'altro lato, Pierre Joseph Proudhon (*Du principe fédératif*, 1863; *De la capacité politique de la classe ouvrière*, 1865), fa dell'idea di supplenza la base stessa della sua filosofia. Egli propone una versione della sussidiarietà propria del socialismo utopistico, in cui il federalismo politico e il mutualismo operaio sono gli antidoti di un potere statale troppo occhiuto e penetrante; nella sua visione del "contratto sociale" – così diversa da quella, quasi ideale e idealizzata, di Rousseau – lo Stato è legittimato a intervenire solo in caso di conclamata necessità, ed ogni altra autorità intermedia deve fare altrettanto prima di soccorrere l'istanza inferiore.

8. Liberalismo costituzionale e positivismo giuridico

L'idea di una più precisa limitazione dell'attività dello Stato, anche in campo assistenziale, emerge poi soprattutto ad opera del liberalismo costituzionale tedesco. Già Robert von Mohl (*Die Polizeiwissenschaft: nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1832), nella sua dottrina dell'amministrazione, operando un fondamentale collegamento tra l'idea di Stato di diritto e il vecchio Stato di polizia paternalista, ritiene che non vadano limitati i compiti e gli scopi dello Stato in sé, ma la loro realizzazione da parte dello Stato.

Quando poi la delusione per l'esito del "Quarantotto" in tutta Europa fa riemergere una visione negativa dello Stato, ormai lontana dalle sue utopie contrattualistiche che lo disegnavano come il "dominio della ragione", il liberalismo costituzionale dà un suo contributo decisivo al tema della sussidiarietà, che forse nasce proprio qui come concetto giuridico moderno. Infatti, Lorenz von Stein (*Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, 1850; *Die Verwaltungslehre*, 1866) riempie di maggiori contenuti la lezione hegeliana, trasformando il concetto assolutista della *gute Policy* in quello innovativo della *soziale Politik*: il moderno Stato sociale di diritto ha l'obiettivo di guidare lo sviluppo sociale e di migliorare il benessere dei cittadini mediante la politica e l'amministrazione sociale, e questa funzione deve essere completata dall'attività "complementare" delle libere associazioni, dell'autogestione e della partecipazione collettiva alla risoluzione dei problemi sociali. È quasi inutile ricordare il ruolo assunto da Stein nei successivi sviluppi della sicurezza sociale in Germania: le sue idee, tramite Hermann Wagener e Theodor Lohmann (i principali responsabili della burocrazia legislativa prussiana), si trasfondono poi in molti punti della politica sociale bismarckiana (così come – per inciso – è appena il caso di ricordare il suo ruolo di assoluto pioniere del diritto del lavoro, termine che, come nota Hugo Sinzheimer, è coniato proprio da lui).

Su queste solide basi, a fine '800 Georg Jellinek (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892; *Allgemeine Staatslehre*, 1900) è in grado di sostenere che lo Stato può e deve agire nella misura in cui l'azione individuale non può realizzare il fine da ottenere e nella misura in cui lo Stato, con i suoi mezzi, può realizzare nella maniera migliore l'interesse che si vuole raggiungere. Si tratta, a ben leggere queste pagine, della enunciazione testuale del principio di sussidiarietà come modernamente lo conosciamo (e che – per inciso – ci fa capire come le organizzazioni federali di alcuni Stati abbiano solide radici storiche e ideologiche, e non vengano “inventate” da un momento all'altro).

9. La dottrina organicistico-comunitaria

In una linea di pensiero completamente diversa da questa della dottrina dello Stato positivista si colloca in quello stesso lasso di tempo la teoria comunitaria di Otto von Gierke (*J. Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, 1880; *Die soziale Aufgabe des Zivilrechts*, 1889), il quale, rileggendo il “federalismo sussidiario” althusiano, dà vita ad un modello che recupera la tradizione medievale delle “corporazioni di mestiere”, fondando su di esse la base stessa dell'assicurazione sociale e della nascente teorizzazione del contratto di lavoro. In effetti i lasciti della *Genossenschaftstheorie* in materia di sicurezza sociale sono più evidenti di quanto non possa sembrare, anche se la loro tenuta nel tempo si dimostrerà poi piuttosto debole (lo stesso discorso può farsi pure per il campo del rapporto di lavoro). Infatti, nel modellare la struttura organizzativa dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, in Germania si adotta nel 1884 un impianto di chiarissimo sapore corporativo, imperniando la gestione complessiva del sistema sulle associazioni professionali “miste”, società mutue composte da padroni di uno stesso ramo industriale con rappresentanze di operai; quando si tenta di trapiantare in Italia lo stesso sistema – indubbiamente molto peculiare –, si replica inorriditi che le corporazioni di Bismarck, eredi dirette delle antiche gilde, non farebbero altro che resuscitare il medioevo economico: perciò l'Italia, con la sua legge del 1898, preferisce rinunciare a modelli in qualsiasi modo partecipativi, adottando un sistema misto di assicurazione, presso la cassa nazionale o presso enti privati appositamente autorizzati. Al di là delle forme, è proprio la sostanza dell'intervento tedesco a porsi come qualitativamente diversificante rispetto al modello italiano: probabilmente a Bismarck non sta veramente a cuore tanto la risoluzione del problema infortunistico, quanto piuttosto proprio l'esperimento corporativo che essa consentirebbe di realizzare, con un sistema fondato sulle *Berufsgenossenschaften*, da lui visto come “il fondamento di una futura rappresentanza nazionale accanto o al posto del Reichstag”.

Solo in Francia la tradizione dello Stato accentratore sembra incontrastabile. Eppure, anche lì c'è qualche voce – subito esorcizzata ed emarginata –, come quella di Hippolyte Taine (*Les origines de la France contemporaine*, 1875-93), che, premessa una impietosa analisi di un paese onnivoro, cattivo amministratore e pessimo educatore (la Francia è allora un paese in profonda crisi: il secondo impero è appena caduto, dopo la pesante sconfitta contro i prussiani), propone di rivitalizzare l'azione dei “gruppi di prossimità”, sostenuti da uno Stato che sia pronto a intervenire laddove l'interesse pubblico è trascurato, ma che sia altrettanto pronto a ritirarsi nel momento in cui l'azione civile assolve i compiti indispensabili.

10. Dottrina sociale cattolica e associazionismo operaio

Prosegue, intanto, la spinta esercitata dalle dottrine cattoliche sul ruolo sussidiario dello Stato

nella sicurezza sociale. L'enciclica *Rerum novarum* di Leone XIII (1891) affronta solo di striscio il tema, fornendo però un contributo fondamentale alla "liberazione" dell'associazionismo, non più ritenuto un male in sé, quanto piuttosto un fenomeno da promuovere e governare, in modo da trasformarlo da elemento potenzialmente perturbatore ad elemento di rinnovata coesione sociale, cui affidare anche la gestione "orizzontale" della solidarietà sociale. Ma al tempo stesso, di fronte alla situazione di estrema miseria della classe lavoratrice di fine '800, causata dagli eccessi del liberalismo, il papa invoca l'intervento statale proprio in materia di assistenza: "se accade che una famiglia si trovi in una situazione materiale critica e che, priva di risorse, non possa in alcun modo uscirne da sola, è giusto che in tale situazione estrema, il potere pubblico venga in suo aiuto".

Ma, ancora una volta, l'idea cattolica della sussidiarietà finisce col coniugarsi con ricostruzioni almeno apparentemente opposte, convergendo alla fine sullo stesso risultato. È emblematica la situazione italiana, dove a fine '800 il contrasto – altrove molto aspro – col socialismo viene sensibilmente mitigato (oltre che dall'assenza di un intervento repressivo esplicito), soprattutto dall'affermarsi di un modello di intervento dello Stato in materia sociale che lo vede come complementare e non già integralmente sostitutivo dell'iniziativa privata; e la realizzazione di un tale modello si deve, appunto, sia al gran peso esercitato dall'ideologia cattolica sia alla presenza di una forte tradizione di autotutela esercitata dal "mutuo soccorso", spesso di matrice operaia e socialista.

Non può invece rilevarsi un'analoga importanza in quegli anni, sempre riguardo al tema della sussidiarietà nelle politiche sociali, per il protestantesimo; le sue idee in materia, pur radicandosi sulle dottrine del luteranesimo e del pietismo, secondo cui è compito della Chiesa provvedere al bene dei sudditi, non riescono quasi mai a raggiungere le masse dei lavoratori, sia per l'estrema frammentazione tra elementi conservatori e radicali, sia per il legame talvolta strettissimo tra Chiesa ufficiale e Stato, che si realizza in molti paesi.

11. La teoria cattolica classica

Come s'è detto, la concezione liberale trova nella dottrina sociale della Chiesa cattolica il terreno più fertile per rafforzare il principio di sussidiarietà, riprendendo la tradizione aristotelico-tomista della società organica e solidale, ed arricchendola di nuovi contenuti. Agli inizi del '900 il principio di sussidiarietà è un cavallo di battaglia contro lo Stato liberale che ha distrutto il ricco pluralismo dell'organizzazione sociale. Ma il passaggio fondamentale in questo percorso è l'enciclica con la quale nel 1931 Pio XI celebra i quarant'anni della *Rerum novarum*, formulando in modo assolutamente autoritativo il principio di sussidiarietà, ritenuto regola importantissima della "filosofia sociale". Afferma la *Quadragesimo anno* (par. 80), con una enunciazione che è ormai diventata un classico: "come è illecito sottrarre agli individui ciò che essi possono compiere con le proprie forze e la propria iniziativa per trasferirlo alla comunità, così è ingiusto affidare ad una maggiore e più alta società quello che le minori e inferiori comunità possono fare".

Il papa scrive in tempi difficili, nei quali sono presenti fortissime tendenze accentratrici di Stati assorbenti e invasivi come quello fascista, nazista e sovietico (pur con le precisazioni che si faranno tra breve). Specificamente in Italia, poi, è in corso un forte attacco del regime all'associazionismo cattolico. È perciò di particolare valenza il monito a che l'oggetto di qualsiasi intervento dello Stato sia "quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già di distruggerle o di assorbirle" (come invece pretende di fare il corporativismo). Lo Stato deve, cioè,

sostenere e integrare le varie parti del corpo sociale, creando tutte le condizioni favorevoli alla loro autopromozione. Lo Stato deve rimettere ad istanze “minori e inferiori” il disbrigo di questioni “di minore importanza”; solo così esso potrà lavorare con più forza e minore distrazione alle attività che soltanto ad esso possono spettare, cioè – a seconda delle circostanze – la direzione, la vigilanza, la promozione, la repressione. Non si tratta, perciò, né di un intervento minimale dello Stato, né tanto meno di una mera funzione di supplenza: lo Stato è invece chiamato a svolgere un vero e proprio intervento integratore. Di conseguenza, questa attività di intervento dello Stato non si deve sostanziare in un apporto che giunge dal di fuori del sistema, quasi come una parte esterna ad esso, ma come suo elemento costitutivo imprescindibile, sia come Stato programmatore dell’economia che come Stato imprenditore.

In questa visione della sussidiarietà, permeata – come s’è detto – dalla valorizzazione cattolica del ruolo delle entità intermedie (famiglia, ente religioso) rispetto allo Stato liberale e laico, assume un ruolo primario la concezione della società umana vista come una gerarchia di differenti comunità, ciascuna ordinata a fini differenti. Perciò, in una forte valorizzazione delle capacità individuali contro lo statalismo, costituisce addirittura un “sacrilegio” sottrarre ai singoli individui delle competenze che potrebbero ben eseguire, affidandole invece alla comunità. Ancora, e stavolta in un’ottica di valorizzazione delle formazioni sociali intermedie di fronte allo statalismo, si afferma che i poteri di un determinato livello devono occuparsi soltanto delle materie che non potrebbero essere trattate in maniera soddisfacente al livello inferiore. Il modello gerarchico di società non danneggia le entità più piccole: la forma superiore non rende superflua né abolisce la minore, né ne assorbe le funzioni. La sussidiarietà scatta solo nel momento in cui si verifichi l’incapacità o la negligenza del livello inferiore. Non sarebbe quindi possibile irrigidire il principio prescrivendo ad esempio, in termini giuridici, un ambito di competenze esclusive: il principio sottintende che non esistono competenze esclusive e che, a seconda delle circostanze, può presentarsi la necessità di un intervento statale minimo, addirittura nullo, fino ad un intervento massimo, totale.

La sussidiarietà, in questa visione cattolica, è comprensibile soltanto all’interno di una determinata visione dell’uomo e della società, richiedendo come condizioni la fiducia nei soggetti sociali e nella loro cura dell’interesse generale, la loro volontà di autonomia e di iniziativa, l’idea che l’autorità non detiene per sua natura la competenza esclusiva sulla qualificazione e la realizzazione dell’interesse generale. Perciò, i fondamenti dottrinali della sussidiarietà non si radicano solo su una base negativa, spingendosi oltre il mero timore dell’abuso di potere da parte delle autorità gerarchicamente sovrordinate, ma fanno riferimento ad un luogo tipico della dottrina sociale cattolica, quale la dignità dell’uomo e il primato della persona sulle cose.

12. Le dottrine del corporativismo

Nello stesso lasso di tempo sembrerebbe emergere un’altra lettura della sussidiarietà, promanante proprio dal lato (almeno all’apparenza) opposto, cioè da quegli ordinamenti corporativi (in primo luogo, quello italiano ed anche quello portoghese) che teorizzano un intervento penetrante della nuova entità “intermedia”, appunto la corporazione, nella gestione dell’economia e dell’assistenza sociale, delineando così una sorta di sistema nel quale lo Stato centrale non interviene in tali materie “delegate”. Alcune direttive dei primi anni del fascismo italiano, come pure qualche passo della Carta del lavoro (1927), delineano, in effetti (anche per la materia previdenziale e assistenziale), un regolamento di attribuzioni che lascia “alla libera iniziativa privata o a quella

degli enti minori” le competenze in questi campi e libera lo Stato centrale da tutte quelle funzioni “meglio compiute dagli organi periferici”, fermo restando ovviamente il complessivo potere di controllo sull’intero sistema; tutti elementi non molto distanti, almeno in via di suggestione, dai criteri che settant’anni dopo saranno alla base dei primi provvedimenti normativi che positivizzeranno il principio di sussidiarietà in Italia.

Il corporativismo erige a sistema il principio di sussidiarietà, ma contemporaneamente lo snatura. In realtà, anche se il nemico comune del corporativismo fascista e della dottrina sociale cattolica è la visione dello Stato liberista classico (e questo spiega anche i legami a volte profondi instaurati tra fascismo e Chiesa), la lettura della presunta sussidiarietà che scaturirebbe dall’organicismo cui si informano le dottrine totalitarie è fasulla, nella misura in cui la corporazione – ben lungi dall’essere quell’entità di formazione spontanea che era nel medioevo, protagonista delle ricostruzioni tomiste e althusiane – è invece una istanza artificialmente obbligatoria, inglobata in maniera assolutamente avvolgente nel nuovo Stato “totale”, e qualitativamente indistinguibile rispetto ad esso. D’altronde, almeno in Italia, mai come in quel momento lo Stato ha assunto in prima persona la gestione delle politiche sociali ed assistenziali, iniettando dosi massicce di statalismo in un sistema il cui corporativismo è peraltro rimasto quasi solo nelle retoriche proclamazioni di intenti.

13. Il nuovo liberalismo

La seconda metà del ‘900, con la caduta dei regimi totalitari dell’Occidente (e, verso la fine, anche di quelli comunisti), sembra segnare a livello ideologico il trionfo del concetto di sussidiarietà, che, nato nelle società comunitarie, si applica bene ormai solo nelle società individualiste contemporanee. Il nuovo liberalismo rilegge molte delle premesse all’idea sussidiaria: condanna l’individualismo ed auspica la costituzione di una società più viva, dotata di gruppi liberamente costituiti e detentori di iniziative; la società organica ha ceduto il passo alla società organizzata; e proprio la presenza di una società strutturata e complessa pone ancora una volta – e forse in maniera più stringente – il problema della distribuzione delle competenze tra Stato e “periferie”: proprio qui la sussidiarietà acquista nuovamente una funzione essenziale. In questa rapidissima storia delle idee possono allora trovare una voce finale quella del massimo esponente del liberalismo contemporaneo, Friedrich von Hayek (*The Constitution of Liberty*, 1960): la sua “Grande Società”, che ha l’obbligo di assistere chi non è in grado di guadagnarsi da vivere in un’economia di mercato, si innesta sulla connessione con il maggior numero possibile di associazioni volontarie; i principi della società libera non implicano affatto (anzi sono in contrasto con) l’idea secondo cui tutto ciò di cui il pubblico ha bisogno debba essere soddisfatto da organizzazioni di questo tipo. E la lettura pluralista di Karl Popper (*The Open Society*, 1945), la cui “società aperta” si fonda sull’incoraggiamento alla formazione di “sotto-società” libere, dotate tutte di autonomia ideologica e di azione.

D’altra parte, la sussidiarietà continua ad essere un punto fermo della dottrina cattolica. Alcune grandi encicliche seguitano ad occuparsene: ad esempio, la *Mater et magistra* (1961) e soprattutto la *Pacem in terris*, atto finale del pontificato di Giovanni XXIII (1963), la quale si incarica di ribadire un principio che non ha ormai quasi più bisogno di richiami, e che però viene esteso esplicitamente anche ai rapporti tra “i poteri pubblici della comunità mondiale” e “i poteri pubblici delle singole comunità politiche, i rispettivi cittadini e i corpi intermedi”; la *Octogesima adveniens* di Paolo VI (1971), che celebra appunto gli ottant’anni dell’enciclica leonina ricordando come la dottrina della sussidiarietà rimanga al centro della riflessione sociale cattolica. Senonché,

la costruzione di Pio XI rischia di essere ormai superata dalle nuove complessità dei rapporti sociali, e la sussidiarietà, sia nella sua versione negativa del dovere statale di non ingerenza sia nella sua versione positiva dell'obbligo di intervento, potrebbe aver perso le sue giustificazioni teoriche e doverne cercare altre più al passo coi tempi, anche ad esempio nel rispetto della libertà di scelta dei fini – e non già dei soli atti e mezzi – da parte delle nuove autonomie pluraliste.

14. Caduta e ascesa della sussidiarietà

Il resto è storia d'oggi, ma due parole conclusive alcuni sviluppi degli ultimi anni le meritano. Tendono in un primo momento a riaffiorare processi e spinte verso una nuova centralizzazione delle strutture della sicurezza sociale. Si rileva, infatti, che lo Stato sociale, per affermarsi compiutamente ed efficacemente, avrebbe bisogno proprio di sviluppare le caratteristiche dell'uniformità e dell'accentramento; e questo continua ad essere vero fino a buona parte degli anni '80 del secolo scorso, anche se negli Stati a struttura federale la sussidiarietà verticale prosegue ovviamente ad essere coltivata in qualche modo.

Ciononostante, il dibattito vivace che si sviluppa soprattutto nei paesi anglosassoni in quegli anni sulla "nuova sussidiarietà" esprime tutto il disagio nei confronti delle tendenze alla centralizzazione, burocratizzazione e uniformazione delle prestazioni sociali. Da parte cattolica, poi, si vuole rinvenire proprio nel progressivo abbandono del principio di sussidiarietà una delle cause più importanti della crisi che lo Stato sociale si trova ad attraversare in quegli anni. Sono esplicite le parole che, ricorrendo un secolo dalla *Rerum novarum*, Giovanni Paolo II affida alla *Centesimus annus* (1991): disfunzioni e difetti dello Stato assistenziale derivano da una "inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato"; "una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze [...]; deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune".

Il passaggio di pochi anni segna invece un cambiamento di direzione che assume talvolta toni piuttosto marcati. Dopo il secondo "Ottantanove", quello del XX secolo, molte cose cambiano; e la sussidiarietà torna prepotentemente nell'agenda del politico e dello studioso. Fenomeni come la costruzione dell'Europa come entità politica, la fine dei regimi totalitari comunisti, col loro "provvidenzialismo" di Stato, e la crisi dello Stato assistenziale occidentale esplodono tutti più o meno contemporaneamente agli inizi degli anni '90. In questi anni, poi, la sussidiarietà è diventata quasi una via di uscita obbligata per l'irrompere della nuova complessità della società, del multiculturalismo, della globalizzazione dei mercati: dal lato "verticale", essa ha imposto il ridimensionamento dei poteri degli Stati nazionali, stimolando la crescita istituzionale delle entità territoriali politiche minori, che paiono offrire minori resistenze alle dure leggi del mercato globale e maggiore efficienza nella gestione delle risorse; dal lato "orizzontale", ha fatto emergere con sempre maggiore crudezza le incapacità delle forze politiche nazionali, accrescendo il ruolo delle istanze sociali intermedie (formazioni politiche, sociali, confessionali, gruppi di interesse) maggiormente radicate – se non addirittura egemoni – nel territorio di competenza.

La sussidiarietà appare quindi, al tempo stesso, un principio di buona amministrazione e di trasparenza dell'attività politica, una sintesi delle doti di responsabilità, efficienza, efficacia e partecipazione, che devono caratterizzare il comportamento virtuoso dell'amministratore pubblico. Anche se la *good governance* di cui si predica oggi presenta un'assonanza sinistramente simile alla *gute Policey* di un tempo.

Il principio di sussidiarietà è diventato, alla fine, uno dei cardini su cui, da Maastricht in poi (1992), è fondato l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, ridefinendo il ruolo dell'entità sovranazionale e – forse, com'è stato prospettato – rinazionalizzando le materie sociali e del lavoro. In Italia la sussidiarietà ha avuto il suo poema epico nella legislazione del 1997 e la sua definitiva santificazione col nuovo testo dell'art. 118 della Costituzione, modificato nel 2001.

Improvvisamente, la sussidiarietà è diventata la panacea di molti mali, il salvagente cui aggrapparsi nel momento del pericolo, o semplicemente un tema “alla moda”. Il rischio, però, è che nel frattempo si sia trasformata in una formula magica, evocativa di un principio molto confuso di libertà e di autonomia, i cui reali contenuti e forme sono invece largamente ignorati. Se una cosa questa velocissima carrellata ha mostrato, è proprio l'uso “opportunistico” che nei secoli si è fatto della sussidiarietà, tirata in ballo dalle più diverse parti ogni qual volta è venuto in luce un interesse minacciato o comunque da rafforzare contro lo Stato centrale, spesso innestandosi in suoi momenti di debolezza. Infatti, la decisione di ricorrere in un dato momento alla sussidiarietà è sempre dipesa in buona sostanza da quello che oggi con una sola parola chiameremmo “mercato”, ovvero dai mutevoli rapporti di forza/debolezza tra Stato centrale o sovranazionale da un lato e entità territoriali e gruppi sociali dall'altro.

Non c'è dubbio che i prossimi vocabolari, i prossimi dizionari elettronici, le prossime enciclopedie giuridiche conterranno questa nuova voce dalle radici antiche. Ma c'è ancora – come si chiedeva Massimo D'Antona – “chi ha paura della sussidiarietà”?

The 'Open Method of Coordination' as an Instrument for Implementing the Principle of Subsidiarity?*

Jürgen Kohl- Tobias Vahlpahl

1. Federalism and subsidiarity in the European context	420
2. The development of the Open Method of Coordination	421
2.1 The Procedure of the OMC	421
2.2 Historical Development	423
The European Employment Strategy	424
Social Inclusion	425
OMC in the field of pensions	426
OMC in the field of public health care	427
2.3 Classification of the OMCs	427
3. A critical appraisal of the Open Method of Coordination	429
4. Conclusions	434
5. References	435

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 33/2005

1. Federalism and subsidiarity in the European context

Since the Treaty of Maastricht (1992), later incorporated in the Treaty of Amsterdam (1997), the concept of 'subsidiarity' has become a prominent part of the constitutional order of the European Union. Since 1992, the Commission publishes a report each year on the application of the principle of subsidiarity. Also, in the recent debates about the Constitutional Treaty, reference has often been made to this principle for or against certain proposals how the relations between the Union and the Member States should be regulated. Indeed, in a multi-level political system like the European Union, it is an issue of crucial importance how competences are divided and shared between the different levels of government (European, national, regional, communal).

At least for someone who comes from a federal state like the Federal Republic of Germany, it is somewhat surprising that the notion of 'federalism' is not mentioned in this context, and is almost banned from the official vocabulary of the EU. For the very same problems of an adequate division of responsibilities and powers between the different levels of government pose themselves in every federal political system (Scharpf 1985).

It is also somewhat surprising that the notion of 'subsidiarity' has been adopted instead, because this concept – as it was first used in the Papal Encyclical "Quadragesimo anno" of Pope Pius XI (1931) – originally referred to the relationship between the individual and the various social communities to which individuals belong (family, church, other associations). So it can be said to refer primarily to the relationships between state and non-state actors, rather than to the relationships between different territorial levels of government.

In essence, the principle of subsidiarity stipulates a social order where any activities which can be satisfactorily performed by the individuals themselves or by the smaller (primary) communities to which they belong should *not* be transferred to larger and more comprehensive communities. And the state is conceived as the most comprehensive community. Thus the principle of subsidiarity circumscribes the role of individual self-responsibility versus the collective responsibilities of smaller or larger communities.

The regulative idea of subsidiarity, however, has two components (which is often overlooked): On the one hand, it aims to protect the individual and the smaller communities against unwarranted encroachment by the larger (political) communities. On the other hand, it constitutes an obligation on the part of the larger communities to assist and support the individual and the smaller communities if and to the extent they cannot help themselves. Striking a balance between these two seemingly contradictory demands depends largely on how concrete social situations are perceived and interpreted. What should be done, for instance, if the majority of citizens can perform their tasks reasonably well, while the socially weaker members of the community cannot? Who has the right (and the power) to decide whether certain tasks are well, at least satisfactorily performed or not?

This general idea of subsidiarity is now being transferred to the political sphere, in order to provide guidelines for the division of legislative and executive competences between the European Union and the Member States. In principle, there are three solutions to this problem: certain policy areas can be assigned to the exclusive competence of either the Union or the Member States, or the competences can be shared between the Union and the Member States. (In the German context, exactly these three types of competences can be found as legislative provisions in the Basic Law). But which policy areas should fall into which category? Can general rules be

found which policy issues are best dealt with at the Community level or at the national (or sub-national) level, respectively? The evidence of a large variety of existing patterns that can be found in federal and more centralized political systems raises some doubts about the fruitfulness of such efforts.

Here the same ambiguity surrounding the meaning and interpretation of the general principle of subsidiarity, when applied to concrete social situations, re-appears on the scene. What to do, if some Member States – according to their own judgment or to the judgment of Community institutions – perform their tasks well, while others don't and eventually call for assistance by the Community? The situation becomes even more complicated when we distinguish between the *formulation* of policy goals and the *implementation* of policies and consider the possibility that these two tasks may be performed at different levels.

While we believe that the principle of subsidiarity plays a valuable role in the political discourse as a regulative idea, we are less convinced that it can provide clear-cut (analytical, technical) solutions to the problems of an optimal allocation of responsibilities among different levels of government. For the economists, this is mainly, if not exclusively, a question of economic efficiency. For a political or social scientist, however, more is at stake: namely the legitimacy of a political system and its acceptance by the citizens. In the final analysis, it therefore remains a matter of political assessment how the balance is struck, taking proper account of national traditions, but also of changing socioeconomic conditions in the contemporary world. From a political and sociological viewpoint, it is important to recognize that this is not a "once and forever" decision based on some abstract logic, but is bound to be a *dynamic* balance subject to changes in social conditions as well as in socio-political consciousness.

As has been stated by the Commission, "in a multi-level system, the real challenge is establishing clear rules for how competence is shared – not separated" (2001c: 35). It is in this context that the "Open Method of Coordination" has been designed and developed as a device for sharing responsibilities between the European Union and the Member States in some core areas of economic and social policy.

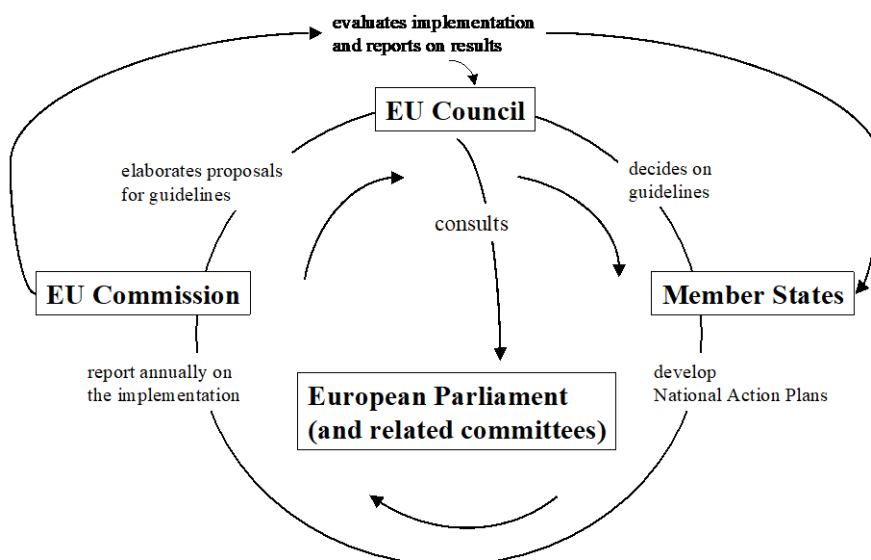
2. The development of the Open Method of Coordination

The first part of this section shows the typical procedure of the OMC as it is used in its different applications. Next, a short historical overview of the development of the OMC is given. Then the areas of application of the OMC will be described under certain analytical aspects, and finally we will try to characterise the OMC in relation to other forms of European Governance.

To characterise the development of the different OMCs in a more analytical way, we stress their varying distance to the issue of economic integration. It should thus become clear that those policy fields where the use of the OMC has been adopted later are less and less closely connected with the Common Market.

2.1 The Procedure of the OMC

The OMC as a relatively young instrument of policy coordination in the EU is applied in a number of different fields. Taking account of this diversity of policies, the procedure of the OMC is not exactly the same in every case. Despite this fact, certain common elements and principles can be identified. These are shown in Figure 1.

Figure 1: The policy cycle of the 'Open Method of Coordination'

Source: Adopted from Schmid (2004)

The European Council in Lisbon defined the OMC procedure as follows:

Implementation of the strategic goal will be facilitated by applying a new open method of coordination as the means of spreading best practice and achieving greater convergence towards the main EU goals. This method, which is designed to help Member States to progressively develop their own policies, involves:

- fixing guidelines for the Union combined with specific timetables for achieving the goals which they set in the short, medium and long terms;
- establishing, where appropriate, quantitative and qualitative indicators and benchmarks against the best in the world and tailored to the needs of different Member States and sectors as a means of comparing best practice;
- translating these European guidelines into national and regional policies by setting specific targets and adopting measures, taking into account national and regional differences;
- periodic monitoring, evaluation and peer review organised as mutual learning processes.

(European Council 2000a: point 37).

In other words, the basic structure of the OMC is to define goals at the level of the Council of the European Union, on a mandate by the European Council and following proposals of the Commission, which are to be pursued by the respective national governments within their own responsibility. These goals are formulated in relatively general terms, which is easily understandable if one considers that on this level the consensus needed for reaching an agreement is highest (Scharpf 2002a).

As a next step, these goals set by the Council are translated into a system of indicators, which should allow an accurate evaluation of the performance of the Member States concerning the common objectives. After the evaluation of the national *status quo*, National Action Plans are to be submitted by national governments, which specify by which instruments and within which time-frame the goals should be accomplished. The Commission, as a central information and co-ordination centre within this process, collects and systematizes the information about national strategies and their outcomes. This feed-back process of the OMC provides that the Council may issue recommendations to the national governments how to improve the policy performance, if shortcomings in the goal achievement are revealed by the evaluation process.

In almost all cases, no strict sanctions are intended to penalize a violation of these recommendations. Rather it is left to the Member States to choose measures deemed suitable (the recommended ones or others in each individual case) in the context of their respective possibilities. The expected integration effect is supposed to result primarily from the information and learning process regarding different strategies and their success, and *not* from explicit legislation from above.

2.2 Historical Development

With respect to the development of the OMC, three important dates are to be mentioned:

- 1997: Treaty of Amsterdam
- 2000: European Council meeting in Lisbon
- 2001: European Council meeting in Laeken

With the Treaty of Amsterdam in 1997, the European Employment Strategy (EES) as well as the Stability and Growth Pact (SGP) were integrated into the common legal basis of the European Union, respectively the European Community. On the one hand, the goals of this strategy were a stronger economic cohesion between the participants of the European Monetary Union (EMU) and a more stable currency. This should be achieved through the SGP. On the other hand, the EES should help to complement the economic integration with a stronger focus on social issues, as well as to face the common problems of growing unemployment in the Member States.

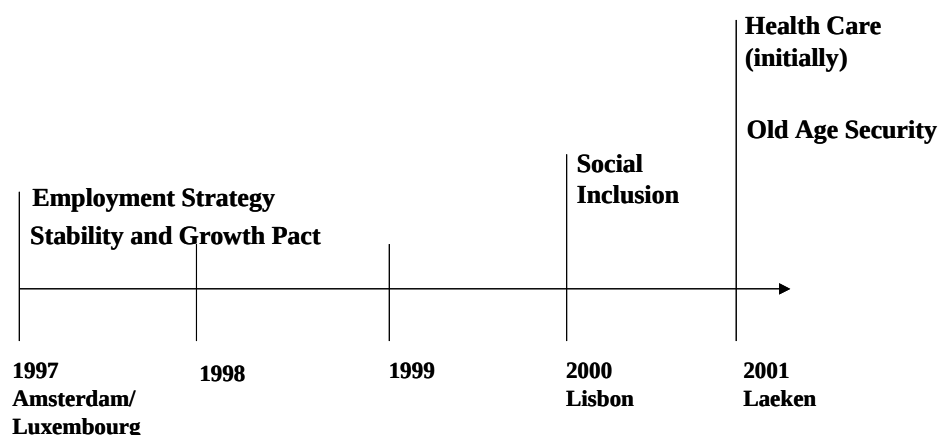
Although the procedure of the SGP is not explicitly defined as such, it resembles in its arrangements that of the OMC within the policy areas of employment, social inclusion and pensions. Common goals are specified, translated into indicators and the goal attainment examined regularly. One special characteristic of the SGP is that here a sanction mechanism is provided, in case that one or more Member States fail to achieve the common goals. Such a sanction mechanism is usually *not* part of the OMC in the other policy areas.

Here, above all, those applications of the OMC will be dealt with, where explicit reference is made to OMC and which are part of the common social policy. So the SGP is not further discussed here. The strongest focus will be on the EES, because the OMC in this field is the most firmly established and developed case so far. So we can learn most about the results and consequences of this method here. In other fields the OMC is still in its starting phase, and we have to wait for further empirical evidence before we can reach a deeper understanding and conclusions. This is especially true for health care policy.

After the implementation of the EES, the next policy area where the OMC came to be applied was the strategy to fight poverty and social exclusion, launched at the summit meeting of Lisbon in

2000. And finally, at the Laeken summit meeting in 2001, pensions and health care were selected as the fields, where the OMC should also be applied. Except for health care policy, we can examine at least the first steps in the process of coordination to the present day.

Figure 2: Steps in applying the 'Open Method of Coordination'



The European Employment Strategy

The first two applications of the OMC (SGP and EES) are very closely connected with the goals of the economic integration and the creation of the Common Market. The EES can be seen as a first step to an active labour market policy of the Union⁹¹⁴, which partly became necessary because of the market failures caused by the economic integration process itself. Of similar importance were the political motivations for cooperation, caused by the commonality of the problems of continuous unemployment and the difficulties in financing the social security systems, which the governments tried to alleviate by improving the employment situation in the entire community. We can see the transfer of employment policy into the European arena as a typical case of spill-over that is caused by the economic integration.

In June 1997, the EES was launched in the treaty of Amsterdam and concretised at the special European Council conference on employment in November of the same year in Luxembourg. In the year 2000 it was further developed and integrated into the Lisbon strategy⁹¹⁵. This strategy contains the goal to make Europe "[...]the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world, capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater

⁹¹⁴ Neither the goals of the OMC, nor the execution are carried out by the community organs alone, but the goal definition takes place particularly within and between European bodies (Commission, Council and European Council). For this reason one can speak of a Community policy – in contrary to purely intergovernmental agreements.

⁹¹⁵ European Council 2000a.

social cohesion." (European Council 2000a: point 4). The central empirical target is an average employment level of 70% for the year 2010.

The goals of the EES were formulated for the first time in 1997 and accepted by the Council⁹¹⁶. Here four goals were emphasised:

- Improving Employability
- Developing Entrepreneurship
- Encouraging Adaptability in Business and their Employees
- Strengthening the Policies for Equal Opportunities

(Council 1997)

Partly, quantified targets were set for these goals, which should be achieved in a certain period of time. For example it was specified:

"Each Member State will endeavour to increase significantly the number of persons benefiting from active measures to improve their employability. In order to increase the numbers of unemployed who are offered training or any similar measure, it will in particular fix a target, in the light of its starting situation, of gradually achieving the average of the three most successful Member States, and at least 20%." (Council 1997: 3).

In the subsequent years until 2003, the goals were extended and amended twice. On the one hand, a higher degree of integration of the different focal points into an overall strategy was aimed at by the introduction of the 'cross-sectional' objective of 'building conditions for full employment in a knowledge-based society' (Council 2001a: 20). And on the other hand, in 2003, the Council agreed on a greater differentiation of the objectives (extension from four to nine main points)⁹¹⁷.

The annual National Action Plans (NAP's) and progress reports are constantly monitored by the Commission. In cooperation with the Council, the Commission issues regular recommendations to the individual Member States, how the common goals could be further and better realised. The number of recommendations varies significantly depending upon the national level of goal attainment.

Social Inclusion

On an initiative of the Commission⁹¹⁸, the strategy against social exclusion was accepted on the European Council in Lisbon (2000). This field can be seen as a component of the integrated approach of the 'Lisbon strategy'. Here the problems of social exclusion are brought together with other concerns of social, employment and economic policy, in order to take account of the interdependencies between these areas.

The fight against poverty and social exclusion can still be regarded as closely linked to the economic sphere and above all to the Common Market. So the strategy on social inclusion is also to

⁹¹⁶ Council 1997

⁹¹⁷ Council 2003

⁹¹⁸ Commission 2000

a certain extent connected with the EES, since it concentrates on the integration of disadvantaged persons into the labour market, as well as on employability, which is regarded as the key to avoid of social exclusion.

The goals which the Council suggested in 2000 and which the European Council in Nice (Dec 2000) finally approved were:

- to facilitate participation in employment and access by all to the resources, rights, goods and services;
- to prevent the risks of exclusion;
- to help the most vulnerable;
- to mobilise all relevant bodies.

(Council 2000b: 5)

Here, on the one hand, the high importance of the improvement of employability becomes visible, but also - particularly in the second and fourth goal - the openness of the strategy, which can be understood as an integrated approach, that recognizes the interdependencies between different policies. This approach goes far beyond past integration efforts in the economic sphere and cuts deeply into the field of social policy which is formally strictly under national control.

Until 2003, the OMC in the area of the social inclusion led to two common reports concerning the situation in the Member States, which were accepted by the Council following suggestions of the Commission (Council 2001b and Council 2004). These common reports discuss primarily the NAPs and also evaluate these regarding the most successful practices. In this policy area, recommendations to individual states have been given only to a limited extent so far. These are included in the common reports.

OMC in the field of pensions

Already in the year 2001, the application of the OMC in the field of pensions was discussed at the meeting of the European Council of Stockholm⁹¹⁹. Finally the introduction of the OMC was decided in December 2001 at the meeting of the European Council in Laeken⁹²⁰ following a suggestion of the Commission concerning the procedure⁹²¹.

Whereas the strategy for the fight against social exclusion is still closely connected with the employment situation and thus with the economic integration, this is not the case in the field of pensions in such a clear way. Indeed, the European Union member states share the same problems in old age security systems, caused by an ageing process of the national populations and an unfavourable economic development. However these difficulties cannot be directly compensated by modifying the labour market organization. Rather some substantial questions with respect to the organization of the social security systems are raised, which are so far explicitly in the competence of the national governments.

⁹¹⁹ European Council 2001a

⁹²⁰ European Council 2001c

⁹²¹ Commission 2001a

At the European Council of Barcelona (2002), the OMC was formally adopted for the field of pension policy, however, without setting clear targets:

[The European Council] likewise confirms the importance of implementing the Social Protection strategy as regards the quality and viability of pensions, which supports the reform of pension systems, in the framework of the open method of coordination, with the aim of safeguarding the capacity of systems to fulfil their social objectives, ensuring financial sustainability, and adapting their capacity to meet the new needs of society. To fulfil these objectives, it considers the common objectives and the working method developed with a view to their confirmation by the European Council in Barcelona to be very valuable and useful.

(European Council 2002: 48)

OMC in the field of public health care

The OMC in the field of health care is the least developed so far. It was mentioned in the Presidency Conclusions of the European Council of Laeken in 2001⁹²². But only the first steps of implementing the OMC were taken so far. The Commission proposed goals for 'The future of health care and care for the elderly: guaranteeing accessibility, quality and financial viability'⁹²³, and the Council published a first report on the issue⁹²⁴. It is important to note that in this report an application of the OMC is not explicitly mentioned, but only that '[...] it would be worthwhile to engage in a co-operative exchange in these fields' (Council 2002b: 4). So we have to wait for the further development before we can analyse the process of coordination in this area.

2.3 Classification of the OMCs

Concerning the different OMCs, a first distinction can be drawn according to whether they are codified in the treaties or not. If the application of the OMC is written down in the treaties, we can speak of a *higher level of institutionalisation*. This is important because we can consider the application of the OMC to a policy field as a step towards deeper integration in this area. This interpretation rests on the view of integration as a ladder with several stages and 'steps in between'. From this point of view, the application of OMC could be the first step in an integration process, which provides the essential basic consensus in policy fields where integration seemed not to be possible before.

Besides the inclusion in the treaties, the OMCs can be differentiated according to the following aspects⁹²⁵:

- Are there precise goals to be achieved by the OMC?
- Are there guidelines, which regulate the process?
- Are there National Action Plans (NAP's) to be prepared?
- Are there joint reports to be made?

⁹²² European Council 2001c

⁹²³ Commission 2001b

⁹²⁴ Council 2002b

⁹²⁵ Sakellariopoulos 2004: 68

- Are there recommendations in case a country underachieves the common goals?

Table 1: Institutionalisation of OMC in different policy areas

	Growth and Stability Pact	Employ- ment	Social Inclusion	Pensions	Health
Treaty based	+	+	loose		
Objectives / Targets	+	+	+	+	
Guidelines		+			
National Reports (NAPs)	+	+	+	+	
Joint Reports		+	+	+	+
Recommendations	+	+			
Sanctions	+				
Action Programs			+		

Source: Adopted from Sakellariopoulos (2004: 68)

The results of this systematisation are shown in Table 1. One can see, that the deeper the OMC penetrates into the core of social policy and social security, the weaker is the statutory institutionalisation. This is no surprise, because pensions and health policy are likely to be the most path dependent areas of national welfare policy at all. On the other hand, the stability and growth pact and the employment strategy are closely linked to the common market and therefore much easier to connect with the economic integration project.

The OMC is applied to policy fields in which supranational regulation or even centralisation ('hard governance') is not feasible, because presumably the necessary political consensus cannot be achieved. Another argument against supranational legislation in those fields is the path dependency and interconnectedness of social policies, as well as the high amount of legitimisation national governments derive from economic and social politics, because these are relatively easy to communicate to the citizens and observable in their results. In addition, the level of redistribution is a point which distinguishes these fields from those open to *Europeanisation*. It is easier to achieve integration of social policy by *regulative* in contrast to *redistributive* measures (examples are the regulations for safety at workplaces or the social dialogue)⁹²⁶, or if the supranational policy complements national programs (in the case of the social and structural funds), without changing national policies in substantial degree. In contrast, the fields of social inclusion, pensions, health

⁹²⁶ See Majone 1996

and employment weigh heavy in the national budgets and are closely connected with traditional ideas of social justice. These ideas are central for the characterisation of different types of welfare states, because they shape the volume and structure of redistribution a welfare state is willing to allow or to achieve. It is exactly at this point where the process of the OMC comes in with the endeavour to reach a transnational consensus over the goals and principles of social policy.

With regard to established typologies of European Governance, the OMC could be located between uncoordinated adjustment of national policies based on the growing competition between the states, and the community method⁹²⁷. It entails definitively a higher level of integration than an uncontrolled process, where the Member States react separately to the challenges of the Common Market in order to gain advantages in the inter-European competition. But it means less integration than binding legislation on the community level (even if the national governments still play a vital role in the process of decision-making in the multi-level system). The typology suggested by Fritz Scharpf (2002c) includes the mode of intergovernmental negotiations between these two poles of uncontrolled adjustment (in the sense of lack of supranational control) and the community method. This mode comes to use primarily in the second and third pillar of the European Union, where supranational bodies do not have much power in the political process. But this type obviously is not really suitable to describe the OMC, because the power of the Commission to define the common goals is much too strong for a 'simple' intergovernmental agreement.

For a detailed theoretical classification of the OMC, we need to gather further knowledge about the results and consequences of this method. It is not obvious yet how the definition of common goals and the surveillance of the national performance affects national policy-making at all. Only then we can tell whether we really need new theoretical types of European governance, or whether we can use existing theories to deal with this form of European cooperation and coordination.

3. A critical appraisal of the Open Method of Coordination

In evaluating the impact of the OMC as a new 'soft' tool of European governance, attention is often focussed on the short-term effects on national policy-making in the Member States: Has the OMC led national governments to adopt policies and courses of action they would otherwise not have undertaken?

Another approach to evaluate the OMC is in terms of *policy outcomes*: Has policy coordination via OMC led to more adequate and effective policy responses with regard to the specific problems addressed in the various policy fields? In other words: Has it led to improvements in policy performance? And has it led (or will it lead) to *policy convergence*?

Such questions are difficult to answer for a variety of reasons:

First, the impact of the OMC may vary between countries. The OMC may not have changed policies in more advanced welfare states, but at the same time it may have led to significant policy changes in Member States where the respective policy area has been less developed.

⁹²⁷ Scharpf 2002b; 2002c; Behning 2003

Second, results may differ from one policy area to another. The OMC may have been applied and implemented more successfully, say, in employment policy than in policies to combat social exclusion.

Third, since the OMC has only been phased in for some years, it is probably too early to reach valid conclusions about its lasting impact. In particular, since the OMC has been conceived as a political learning process, it may have faced difficulties in the introductory phase which may be overcome in the longer run.

More fundamentally, because of the complexity of relationships existing in any policy field and the multitude of factors at work, it is extremely difficult to establish causal linkages between a single factor (e.g. a policy programme) and an aggregate outcome measure (e.g. a reduction in unemployment rates). As a rule, such outcomes are the combined effects of a variety of factors which are not easy to disentangle.

Last but not least, the impact of the OMC with regard to policy performance depends to a large extent on the adequacy of the policy instruments and strategies chosen, and on the implementation process at the national level. The mere fact that a consensus about policy goals has been reached, does by no means guarantee that the goals themselves will be achieved. One should, therefore, distinguish between the *procedural* and the *substantive* aspects of the OMC.

In the context of this paper (and the theme of this conference), our concern here is clearly with the procedural aspects. Is the OMC an adequate and viable mechanism of coordination between national and European (economic and social) policies? Is it a suitable mechanism to achieve policy convergence among EU countries? The answers to these questions do not imply that the policies agreed upon are substantively correct or the best possible ones. Since, in the final analysis, the OMC is a political bargaining process, the outcome will, of course, be shaped by the interests and the power resources of the political actors involved. The substantive policies as the outcome of the negotiation process are, therefore, likely to change when the composition of the decision-making bodies will change. It is crucial, however, that the process of the OMC provides a rationally structured framework and a set of rules for such negotiations, and thereby limits the discretionary power of individual national governments.

Because of the contingency of the substantive policy choices (which may be more or less suited to solve the problems), our appraisal of the OMC is bound to be an evaluation of *potential* effects rather than the *actual* consequences of the application of the OMC in one or the other policy area. Furthermore, we look to the longer-term effects of the institutionalisation of the OMC rather than to the immediate, short-term effects of specific policies.

Methodologically, the evaluation of *actual* effects requires an empirical analysis of specific case studies from which - hopefully - generalizing conclusions may be drawn. The evaluation of *possible* or *probable* outcomes is of a more hypothetical nature and has to be based on assumptions about behavioural consequences of institutional rules. Nonetheless, such assumptions can also be inferred from empirical knowledge - as analyses following the institutionalist approach have demonstrated. Because institutional rules structure the behaviour of actors, but do not strictly determine it, it appears useful to spell out the potential consequences of certain institutional arrangements in terms of (best-case or worst-case) scenarios.

As a 'best case scenario', we can take the blueprint version of the OMC, as it is envisaged in the official documents of the EU, as a starting-point and try to extrapolate the consequences the continued and broadened application of the OMC may have on the EU policy-making process.

1. To begin with, the coordination mechanism of OMC presumes a political consensus about the goals to be achieved. These goal definitions may be vague and, therefore, may not seem to be suitable as guidelines for day-to-day political decisions. Nevertheless, they will in any case rule out certain courses of action (which some governments may have taken otherwise, in the absence of such a procedure). This is particularly the case when the adoption of the goal definitions does not require unanimity and thus cannot be vetoed by any single national government. As past experience with the introduction of 'qualified majority voting' has shown, this has, indeed, facilitated decision-making in the EU Council and thereby allowed progressive steps towards further integration, without imposing undue obligations on countries in a minority position. As a rule, 'package deals' have been negotiated, but the threat of being overruled has facilitated to negotiate such compromises.

2. Moreover, once a political consensus about the goal definitions and policy guidelines has been reached (and has become the basis for consequential policy measures), this consensus is likely to last even in the case of governmental changes in some Member States. That is, such decisions – like other international treaties – exert some sort of binding character for successive governments, although not in a strictly legal sense. This is not to say that such agreements will become irreversible, but the burden of proof that certain changes are necessary lies with those actors who want to change them. They will have to mobilize the support of their colleagues and to convince them that eventual *changes in goals* (not merely in policy instruments!) are, indeed, necessary or at least desirable.

3. The vagueness of general goal definitions mentioned above is to some degree counterbalanced in the procedural arrangements of the OMC, because the political consensus about goals sets in motion a process by which these general goals will be translated, step by step, into operational policy objectives, eventually even with quantified targets ('benchmarks'). No doubt, the definition of economic and social indicators which should adequately reflect the 'softer' verbalized goal definitions and allow to monitor accurately the change of socioeconomic conditions as well as the performance of policies is of paramount importance here. It is a task which is intrinsically political - because it involves normative decisions about goals. At the same time, it poses an intellectual challenge for social scientists - because it calls for the application of certain methodological rules (regarding validity and comparability of indicators), regardless of the political value judgements (which, at this stage, are to be taken as 'given').

This process of operationalization and concretization has a twofold effect:

First, it aims at an *evaluation* of national policies to which degree they have been successful, i.e. reached their objectives and operational targets. Insofar as the same methodology is applied, it also allows a *comparative* evaluation of diverse national policies. Thereby, a process of 'policy learning' will be stimulated among the Member States which strategies and policies 'work best', i.e. achieve a higher degree of goal performance. In the longer run, such learning from 'best practices' elsewhere should lead to an improved goal performance in the EU countries in general. However, the adoption of 'best practices' and their adaptation to national circumstances is a very complicated and intricate process with many pitfalls (see below).

Second, it requires the systematic collection of empirical information (mostly statistical data) to monitor the actual development of a range of economic and social indicators. Such efforts will lead at least to improvements of the 'informational basis' of policies; moreover, they are likely to lead to a change in the *style* of political decision-making in the sense that they emphasize the rational calculation of resources needed to achieve desired outcomes, of means and ends.

4. The OMC procedures leave the choice of policy instruments to the national governments, in principle at least. In this way, an adaptation to institutional settings and administrative practices in the respective national political tradition and culture becomes possible. Nonetheless, the political autonomy of national governments is not unlimited because the policy instruments chosen must meet the condition that they are suited to achieve some progress towards reaching the goals agreed upon. Of course, in the political process controversial assessments of the suitability of certain policy instruments may come up, but in any case the pro's and con's of certain policy proposals have to be legitimized with reference to the broader goals. In doing so – and this is an important latent function of the OMC –, the goals themselves will be confirmed time and again and more firmly entrenched in the minds of the political actors.

5. Although the OMC arrangements are based on a political consensus among national governments (in the EU Council) and leave the choice of policy options largely to the discretion of national governments, they nonetheless provide an important role for the Commission. For it is the task of the Commission to elaborate the guidelines for the EU Council decisions, to collect the information submitted by the national governments (in the National Action plans), and to prepare synthesis reports on the implementation of these plans, as a basis for further Council recommendations. So the Commission oversees the whole process and is instrumental in the day-to-day operations; both tasks are prerequisites for the political decisions and recommendations to take effect. So, the role of the Commission in the EU decision-making process will, in fact, be strengthened, despite the fact that no *formal* decision-making power is conferred to the Commission.

It can be expected that the crucial role of the Commission in the implementation of OMC will work out in favour of an increased consistency of policies, pursued at the national level. Likewise, it can be expected that the consultation of the European Parliament and its respective committees will also work out in favour of an "integrationist" approach in the policy areas concerned. Moreover, if the policy areas of employment, of poverty and social inclusion, of pensions and health policy, will appear on the agenda of the European Parliament more often and the evidence of the respective reports will be the subject of debates in parliament, this is likely to increase also public awareness of the commonality of social problems and policies among EU citizens.

6. Last but not least, once a political consensus about policy goals, however vaguely defined, has been achieved, this will have a lasting effect on the mindsets of the political actors involved, in the higher ranks of national governments as well as in the Community administration and among the members of the European Parliament. This is just what the institutionalist approach suggests: The institutional arrangements and rules shape the way how emerging political problems are perceived and treated on the political agenda. Of course, political debate and controversy about desirable solutions to these problems will not disappear from the agenda. But it is important to recognize that this debate takes place in a framework of a basic consensus that these *are* relevant problems and have to be dealt with at the *European* level (at least in addition to the national level).

Insofar as the logic and basic procedures of OMC will be extended to additional policy areas (a process that can already be observed, see above), an increasing number of government officials, Eurocrats and policy experts will be trained and 'socialized' in this way. It remains an open question, however, whether such socialization effects will be restricted to members of the European political elite, or will be spread also to the national policy arenas.

In a longer term view, such a process may lead to "harmonising ideas, visions, conceptions, knowledge and norms of action, in order to have policy goals converging towards 'a common political vision'" (Palier 2003: 8). Such a consensus among the political elites about relevant policy goals in the field of economic and social policy, in turn, will help to give more substance to what is often referred to as "the European social model" and, by the same token, it will promote the commitment to the European Union as a "value community", i.e. a political community sharing the same basic values.

Against such optimistic views, a lot of caveats have been raised in a more pessimistic mood. Most of them call into question the problem-solving capacity of the OMC. For instance, it is argued that – in order to reach 'verbal' consensus – goal definitions tend to be so vague that their operationalization becomes arbitrary and, hence, the evaluation of policy performance almost impossible. National governments will only agree to common goal definitions if these are not in conflict with the goals of their own national agenda. The National Action Plans will report on legislative and administrative changes which would have been undertaken anyway, even in the absence of the OMC requirements. National implementation and evaluation reports will tend to report 'success stories', but hardly any failures or shortcomings.

While we agree that there is a tendency of political actors to behave in this way, we also believe that such tendencies can be kept in check by appropriate institutional provisions. Above all, the strengthened role of the Commission in monitoring and evaluating the policy performance of the member countries can serve to counterbalance such tendencies. Perhaps the creation of independent evaluation agencies, composed of professional policy experts and analysts, who are not subject to instructions by national policy-makers, can fulfill the same function.

Other authors criticize that no effective sanction mechanisms are provided if national governments fail to meet the targets to which they have committed themselves. They point to the violation of the Maastricht criteria as a deterrent example. However, as evaluation research in other areas has often shown, providing positive incentives, for example, by exposing 'best practices', is probably a much better way to influence the behaviour of actors than punitive sanctions. This is especially true when causal mechanisms are so complex that a single actor (e.g. a national government) cannot reasonably be held accountable for an unfavourable outcome because he cannot control all the relevant factors. For instance, attaining a certain employment rate may be difficult, despite massive governmental efforts, because of fluctuations of the business cycle, pressures of globalization, demographic effects, etc.

Other criticisms focus on the shortcomings of the political process by which the consensus about policy goals is to be achieved. On the one hand, the OMC calls for the participation also of non-governmental actors (such as interest groups, social partners, NGO's) in setting up the National Action Plans. While it can be argued that inclusion of such non-governmental actors is desirable to mobilize support for the political goals from within civil society, it is not always recognized that the difficulties of achieving consensus will increase with the number of actors involved (and their

particular interests). This will at least cause delays, if not deadlocks, in the decision-making process. If the inclusion of non-governmental actors leads to goal formulations and policy recommendations which differ from the government's view, another problem arises: How can a government be held accountable for not attaining policy goals to which it has not committed itself?

On the other hand, it is also criticized that consensus-building takes place mainly between national governments (represented in the EU Council), but largely neglects the European Parliament as the democratically legitimized legislative institution of the EU. This would make a consensus more difficult because it would give undue weight to particular national interests. More legislative competences for the European Parliament would make it easier to overcome such obstacles arising from diverging national interests.

While the general issue of the legitimation of EU decision-making (the so-called "democracy deficit" problem) has to be taken seriously, such criticism seems to rest on certain assumptions which can also be called into question. For example, it can be argued that the national governments are also democratically legitimised and are, therefore, the legitimate representatives of the national interests of the constituent Member States – whereas the European Parliament is not fully legitimised because of the absence of a European *demos* (which is reflected in the fact that, in the election to this parliament, representation is biased in favour of the smaller nations, whereby the principle of 'one man, one vote' is violated). Moreover, a similar question like the one above can be asked with regard to the EP: When policy goals would finally be defined by the European Parliament, how can then national governments be held accountable for the policy results?

4. Conclusions

Considering the inherent tensions between 'supranationality' on the one hand and 'intergovernmentalism' on the other which gave rise to the demand for subsidiarity as an organizing principle for the sharing of competences and responsibilities, our conclusions are the following:

- The OMC has the major advantage of being a policy instrument which does not require the transfer of legal responsibilities from the national to the European level. Instead, it builds on a voluntary political commitment of the governments of the Member States to coordinate their policies (in circumscribed areas), based on a consensus about common goals, in order to achieve a greater convergence in policy outcomes.
- The OMC has the further advantage of being a *flexible* policy instrument which can be extended to more policy areas (provided there is a political consensus). It can be pragmatically adapted to institutional settings and administrative procedures prevailing in the respective countries, as well as to the peculiarities of the various policy areas (for instance, with regard to the specificity of objectives, the (non-)binding character of its goal formulations, the inclusion of non-governmental actors, etc).
- The OMC thus provides a good example of a relatively cost-efficient regulative policy. The broader goals are defined at the Community level, but the governments commit themselves to pursue and implement them at the national level. In particular, this method aims at achieving a higher degree of policy convergence among EU member states, but does not require additional fiscal resources for the European Union as such.

- Because of the problems arising from the phasing-in and the experimentation with OMC procedures, one should not expect spectacular substantive results (improvements in policy performance) in the short run. But in a longer term perspective, OMC offers the prospects of achieving a normative consensus about the goals of EU policies and thereby developing a common European identity.
- For these reasons, we are cautiously optimistic that the “Open Method of Coordination” has the potential to be a suitable instrument for implementing the principle of subsidiarity, without losing sight of the necessity of achieving more convergence of policies and thereby promoting the political integration of the European Union.

5. References

Behning, Ute (2003). Die "neue Methode der offenen Koordinierung": Versuche der integrationstheoretischen Klassifizierung einer neuen Form des sozialpolitischen Regierens in der Europäischen Union. ZeS-Arbeitspapier Nr. 12/2003. Bremen.

European Council (2000a). Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions.

European Council (2000b). Nice European Council 7 8 and 9 December 2000, Presidency Conclusions.

European Council (2001a). Stockholm European Council 23 and 24 March 2001, Presidency Conclusions.

European Council (2001b). Goeteborg European Council 15 and 16 June 2001, Presidency Conclusions.

European Council (2001c). Laeken European Council 14 and 15 December 2001, Presidency Conclusions.

Commission of the European Communities (2000). Proposal for a decision of the European Parliament and of the Council establishing a programme of Community action to encourage cooperation between Member States to combat social exclusion. COM/2000/0368 final. Brussels.

Commission of the European Communities (2001a). Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee - Supporting national strategies for safe and sustainable pensions through an integrated approach. COM/2001/0362 final. Brussels.

Commission of the European Communities (2001b). Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - The future of health care and care for the elderly: guaranteeing accessibility, quality and financial viability. COM/2001/0723 final. Brussels.

Commission of the European Communities (2001c). European Governance: A White Paper. COM/2001/428. Brussels.

Council of the European Union (1997). The 1998 Employment Guidelines Council Resolution of 15 December 1997. In: Official Journal C 030, 28/01/1998 pp. 0001 – 0005.

Council of the European Union (1999). Council Resolution of 22 February 1999 on the 1999 Employment Guidelines. In: Official Journal C 069, 12/03/1999 pp. 0002 – 0008.

Council of the European Union (2000a). Council Decision of 13 March 2000 on guidelines for Member States' employment policies for the year 2000. In: Official Journal L 072, 21/03/2000 pp. 0015 – 0020.

Council of the European Union (2000b). Objectives in the fight against poverty and Social Exclusion. SOC 470. Brussels, 30 November 2000.

Council of the European Union (2001a). Council Decision of 19 January 2001 on Guidelines for Member States' employment policies for the year 2001. In: Official Journal L 022, 24/01/2001 pp. 0018 – 0026.

Council of the European Union (2001b). Joint Report on Social Inclusion. SOC 538. Brussels.

Council of the European Union (2002a). Council Decision of 18 February 2002 on guidelines for Member States' employment policies for the year 2002. In: Official Journal L 060, 01/03/2002 pp. 0060 – 0069.

Council of the European Union (2002b). Initial Report on health care and care for the elderly. SOC 82. Brussels, 25 February 2002.

Council of the European Union (2002c). Fight against poverty and social exclusion: common objectives for the second round of National Action Plans. SOC 508. Brussels, 25 November 2002.

Council of the European Union (2003). Council Decision of 22 July 2003 on guidelines for Member States' employment policies for the year 2003. In: Official Journal L 197, 05/08/2003 pp. 0013 – 0021.

Council of the European Union (2004). Joint Report by the Commission and the Council on social inclusion. SOC 115. Brussels, 5 March 2004.

Majone, Giandomenico (1996). Redistributive und sozialregulative Politik. In: Jachtenfuchs, Markus / Kohler-Koch, Beate (eds.): Europäische Integration. Opladen: Leske und Budrich, pp. 225-247.

Palier, Bruno (2004). The Europeanisation of Welfare Reforms. Paper presented to the COST A 15 Conference "Reforming Social Protection Systems in Europe: Co-ordination and Diversity. Nantes.

Sakellariopoulos, Theodoros (2004). The Open Method of Coordination: A Sound Instrument for the Modernization of the European Social Model. In: Sakellariopoulos, Theodoros / Berghman, Jos, (eds.): Connecting Welfare Diversity within the European Social Model. Antwerpen: Intersentia, pp. 55-92.

Scharpf, Fritz W. (1985). Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich. In: Politische Vierteljahresschrift, 26. Jg., Heft 4, pp. 323-356.

Scharpf, Fritz W. (2002a). The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity. In: Journal of Common Market Studies 40(4), pp. 645-670.

Scharpf, Fritz W. (2002b). Was man von einer europäischen Verfassung erwarten und nicht erwarten sollte. Lecture on the occasion of the award of the Schader Prize 2002 on 7 November 2002. Darmstadt.

Scharpf, Fritz W. (2002c). Regieren im europäischen Mehrebenensystem - Ansätze zu einer Theorie. In: Leviathan, Zeitschrift für Sozialwissenschaften, Band 1, pp. 65-92.

Schmid, Günther (2004). Lernen durch „weiches“ Recht. In: WZB-Mitteilungen, Heft 104, June 2004, pp. 11-16.

Schmid, Günther / Kull, Silke (2004). Die Europäische Beschäftigungsstrategie – Anmerkungen zur „Methode der offenen Koordinierung“. WZB Working Paper SP I 2004-103). Berlin.

Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*

Maurizio Cinelli

1. Modello di sicurezza sociale e riforma costituzionale	439
2. Le anticipazioni evolutive della legislazione ordinaria	440
3. Le prospettive della riforma	441
4. Segue: gli ostacoli all'attuazione nel nuovo testo costituzionale	441
5. Principio di eguaglianza e ripartizione – parificazione delle potestà legislative	442
6. La salvaguardia dell'effettività del principio di eguaglianza	443
7. Segue: diritti sociali e differenziazioni territoriali	444
8. Rilevanza e limiti del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale	445
9. Segue: sussidiarietà e ripartizione degli oggetti di potestà legislativa secondo il testo riformato	449
10. La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni come criterio di governo del rapporto tra federalismo e unità del sistema	451
11. Alcune considerazioni conclusive	456

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 34/2005

1. Modello di sicurezza sociale e riforma costituzionale

L'assetto giuridico-amministrativo del sistema italiano di sicurezza sociale versa attualmente in una situazione di sostanziale precarietà, le cui ragioni richiedono di essere attentamente vagliate.

Il fatto è che la recente riforma in chiave federalista del titolo V della parte seconda della Costituzione comprende disposizioni che appaiono suscettibili di incidere, anche in profondità, sul modello di sicurezza sociale quale lo abbiamo fino ad oggi conosciuto e praticato.

A dire il vero, se apprezzata esclusivamente dall'angolo visuale delle mere disposizioni innovative – e, quindi, delle possibili incidenze su quel modello dei principi e criteri che informano l'introdotta modifica dei rapporti tra Stato, regioni e autonomie locali –, la questione potrebbe apparire, tutto sommato, caratterizzata da tratti abbastanza lineari e di sufficientemente agevoli analisi ed apprezzamento.

Senonché non è questo l'unico fattore che caratterizza e sommuove l'attuale stato delle cose; e, soprattutto, non è questa l'unica angolazione dalla quale si può ritenere che sia sufficiente affrontare la questione del rapporto tra innovazioni contrattuali e sistema di sicurezza sociale, e, dunque, delle prospettive evolutive di quest'ultimo.

Innanzitutto, infatti, non può sfuggire che i principi che caratterizzano l'attuale modello di *welfare* si radicano nella prima parte della Costituzione, la quale, come è noto, non è stata toccata dalla recente riforma. Ne consegue che, per poter addivenire ad un'adequata valutazione di dette prospettive evolutive e delle modalità possibili di riassetto del sistema nel suo complesso, si richiede, comunque, la previa individuazione dei criteri di coordinamento e raccordo tra quanto di "vecchio" e quanto di "nuovo" presenta, per i profili che interessano lo stato sociale, l'attuale versione del testo costituzionale⁹²⁸.

Si tratta, come è evidente, di problematica già di per sé complessa. Essa, tuttavia, finisce per risultare ancor più ardua e delicata, a ben considerare, per il fatto che la parte riformata di quel testo, pur riferendosi all'organizzazione e al riparto di competenze legislative ed amministrative tra i vari livelli di governo, in realtà comprende anche disposizioni che sottendono "principi", e che, dunque, sono suscettibili di assumere riflessi più generali. Intendo riferirmi soprattutto al principio di sussidiarietà, nella sua duplice manifestazione "verticale" e "orizzontale" (art. 118, commi 1 e 3; art. 120, comma 2), e alla garanzia statale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che di quello può ritenersi sostanziale espressione (art. 117, comma 2, lett. m)⁹²⁹.

In realtà, i "principi" ricavabili dal testo riformato, anche laddove finora inespressi o non acquisiti al modello materialmente praticato – *in primis*, quello di sussidiarietà –, potevano considerarsi

⁹²⁸ Cfr., F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 2003, 599.

⁹²⁹ Al medesimo proposito ci si potrebbe richiamare, invero, ma anche al principio di libera circolazione dei lavoratori nel territorio nazionale (art. 120, comma 1), e a quello di coesione (art. 119, comma 4; art. 120, comma 2).

impliciti⁹³⁰ già nella versione originaria della Costituzione e, quindi, dalla stessa enucleabili *ab origine*.

Ecco allora emergere un terzo, pregiudiziale aspetto, quale ulteriore fattore che concorre a rendere sfuggente l'oggetto di considerazione: anche il "vecchio" risulta meritevole di essere reinterpretato. E il recente evento di riforma risulta apprezzabile, allora, anche come occasione specifica per la riapertura di un dibattito che, come è stato correttamente osservato, "è parte fondamentale del processo di continua formazione e legittimazione dell'ordine normativo costituzionale"⁹³¹. Ma con la necessità, però, di prendere anche atto, aggiuntivamente – è bene sottolinearlo subito –, che, a causa della non chiara formulazione, nel complesso, delle disposizioni innovative, non a tutti i contenuti della riforma può essere riconosciuta una valenza univoca: sicché il riavvio di quel dibattito risulta immediatamente attestarsi su di un terreno instabile.

2. Le anticipazioni evolutive della legislazione ordinaria

Ciò precisato, va, però, dato atto anche che sottoporre a rinnovata analisi critica le modalità di attuazione del sistema di *welfare* è ormai una esigenza precisa e difficilmente contestabile⁹³².

È un dato ormai assodato e sotto gli occhi di tutti, infatti, che il legislatore ordinario, dopo un lungo periodo di impostazione, per così dire, "centralista", nelle forme organizzative, ed "indenitaria", nei contenuti, con un processo già evidente negli ultimi lustri del secolo da poco concluso tende, con sempre maggiore frequenza, a discostarsi da detta "tradizionale" lettura di quel modello: di fatto sempre più aprendosi a forme organizzative decentrate o addirittura esterne allo stesso circuito pubblico⁹³³, e comunque a modalità di intervento non più basate soltanto su prestazioni individualizzate "a ristoro", ma caratterizzate dalla combinazione di prestazioni economiche e servizi; spesso privilegiando, inoltre, anziché misure di reazione ad evento avvenuto, misure di prevenzione degli stessi eventi astrattamente generatori di bisogno. Si tratta, in sintesi, del *welfare mix*, fenomeno, in sé, ormai ben noto, ma che, tuttavia - lo si deve riconoscere -, di fatto si sta svolgendo in assenza di un disegno ordinatore o di un ben preciso modello di riferimento.

Il quadro delineato dalla legislazione ordinaria, comunque, nel suo complesso, risulta stimolante e ricco di suggestioni, quanto a potenzialità e prospettive di riformulazione o rimodulazione dell'attuale sistema di *welfare*⁹³⁴. Si può affermare altrettanto a proposito delle innovazioni introdotte dalla recente riforma costituzionale?

⁹³⁰ V., in particolare, per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, L. VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in *Sussidiarietà. La riforma possibile*, a cura di G. Vittadini, Milano, 1998, 53.

⁹³¹ A. SIMONCINI, *La riforma del titolo V e il modello costituzionale di welfare in Italia*, in *Dir. mercato lav.*, 2003, 537.

⁹³² Per tutti cfr., da ultimo, T. TREU, *Riforme o destrutturazione del welfare*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2002, 535.

⁹³³ F. CAFAGGI, *Modelli di governo e riforma dello Stato sociale*, in *Modelli di governo, riforma dello Stato sociale e terzo settore*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 7 ss.

⁹³⁴ Il fatto è – e se ne è, invero, preso atto da tempo – che il modello italiano di sicurezza sociale, quale costituzionalmente delineato (art. 38 Cost.), è un modello che si può definire rigido nei fini, ma che è indiscutibilmente "aperto" nelle modalità di realizzazione del risultato: suscettibile, dunque, di "innovazioni" e "modulazioni", anche di rilievo, senza che il connotato sostanziale debba necessariamente risulterne stravolto; un riferimento per tutti: Corte cost. 5 febbraio 1986 n. 31 in *Foro it.* 1986, I, 1770.

3. Le prospettive della riforma

Rispondere a quest'ultima domanda non è certo agevole, per una serie di ragioni, ivi comprese quelle oggetto delle riflessioni che seguono. Comunque sembrano orientare già ad una risposta negativa le ipoteche di non secondario rilievo, che incombono sulla riforma stessa.

Una prima "ipoteca" è "interna" alla riforma, ed è rappresentata dal fatto che il passaggio di strutture amministrative e di risorse finanziarie costituisce una sorta di preconditione per l'esercizio da parte delle regioni delle potestà legislative di nuova attribuzione, e quindi anche di quelle che rilevano al proposito del presente tema. Ebbene, tuttora la materia tributaria risulta saldamente centralizzata; e, d'altra parte, nella legge costituzionale n. 3 del 2001 mancano disposizioni transitorie che regolamentino il trasferimento di strutture organizzative e personale⁹³⁵. E già ciò appare sufficiente a spiegare la particolare ritrosia delle regioni a legiferare nelle materie attribuite *ex novo*, e, dunque, per quanto riguarda l'argomento in esame, le esitazioni ad intraprendere strade dirette ad una riformulazione o revisione di schemi o modelli fino ad oggi praticati. Ma ciò vale comunque a rendere netta la percezione dell'incompletezza della riforma.

In secondo luogo, va registrato come sulla articolata ed in parte contraddittoria realtà testé evocata incomba la concreta possibilità di un prossimo, ulteriore intervento di riforma costituzionale: intervento riformatore che, per certi versi, può anche essere auspicabile⁹³⁶, ma che risulta comunque di esito assai incerto, stante la perdurante "fluidità", per così dire, dell'attuale dibattito politico anche tra le forze di governo. Donde la percezione della provvisorietà del pur recente intervento riformatore.

Infine, sullo sfondo – ma non per questo con minori potenzialità – si pone la Convenzione europea, per effetto della cui approvazione l'assetto dei diritti sociali diverrà uno dei cardini del nuovo ordinamento europeo: con inevitabili influenze, dunque, anche sui sistemi nazionali di *welfare*⁹³⁷. Donde un'ulteriore, giustificata, seppur inconfessata, ragione di "attesa".

4. Segue: gli ostacoli all'attuazione nel nuovo testo costituzionale

A fronte di tale quadro, per certi versi proteiforme, le incertezze e difficoltà interpretative e di coordinamento interno delle specifiche disposizioni innovative introdotte dalla riforma costituzionale del 2001 finiscono per apparire un problema di secondo piano.

E tale, forse, esso obiettivamente è. Resta, però, il fatto che anche detta sostanziale non univocità di più di una delle indicazioni contenute nelle nuove norme costituzionali rappresenta un ulteriore, non indifferente fattore, che, in aggiunta agli altri sopra evidenziati, contribuisce a rendere

⁹³⁵ Si confrontino, a questo proposito, le osservazioni di A. D'ATENA, *La difficile transizione in tema di attuazione della riforma del titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, 305.

⁹³⁶ In particolare, l'intervento riformatore viene invocato, in considerazione dell'esigenza di riequilibrare il sistema delle garanzie dei diritti fondamentali, messo in crisi dall'introduzione del regime maggioritario bipolare, ad opera della riforma elettorale del 1994; ma le soluzioni quali in concreto accolte nel testo della riforma approvata in prima lettura appaiono suscettibili di essere giudicate espressione di una "cultura istituzionale oscillante tra conservazione a oltranza e eclettismo sperimentatore": così M. CAMMELLI, *Una riforma costituzionale che non va*, in *Il Mulino*, 2004, 397 (alla p. 411).

⁹³⁷ A fronte dei difficili equilibri nelle relazioni con le minori comunità che il legislatore costituente si è trovato ad affrontare nel 1948, ben si comprende come "la Carta europea sia materia più aggiornata e moderna della Costituzione, poiché tutta una serie di fatti che toccano i trattamenti sanitari, la libertà di disporre del corpo, i confini da porre alle tecniche invasive dell'integrità fisica non era pensabile oltre mezzo secolo fa, anche da un costituente sensibile ed aperto alle novità annunciate": così P. RESCIGNO, *Stato sociale e diritti sociali*, in *Dir. lav.*, 2004, I, 679 (alla p. 684).

scarsamente definibile – e, per questo, controvertibile – il contesto con il quale il modello italiano di *welfare* deve oggi confrontarsi. Quali i criteri effettivi di ripartizione delle materie della sicurezza sociale? Quali i criteri di identificazione delle materie stesse, così come elencate dal nuovo testo costituzionale? Quale il ruolo, in proposito, delle potestà amministrative? Quali i limiti delle singole potestà? Quale il ruolo dei circuiti privati? Quali, in definitiva, le prospettive dell'intero sistema?

Con le presenti riflessioni non si pretende di affrontare direttamente la problematica, e tanto meno prospettare possibili rimodulazioni del sistema di sicurezza sociale. Più semplicemente e limitatamente, dette riflessioni muovono dalla esigenza di capire a quali condizionamenti e a quali impulsi e stimoli il vigente sistema di *welfare* possa considerarsi essere oggi effettivamente esposto a fronte dell'ingresso delle nuove disposizioni nel testo costituzionale: e, dunque, verificare se sussistono "argomenti" nuovi, rispetto a quelli già da tempo sul tappeto, dei quali il dibattito sul tema si debba aggiuntivamente occupare.

5. Principio di eguaglianza e ripartizione – parificazione delle potestà legislative

Il frazionamento della potestà legislativa tra Stato e regioni, con parificazione formale delle rispettive attribuzioni, è sicuramente l'aspetto della riforma federalista di più forte impatto e, dunque, percepito con maggiore immediatezza e partecipazione emotiva.

Detta innovazione, peraltro, specie per quanto riguarda i settori del lavoro e della sicurezza sociale, finora ha avuto motivo di essere analizzata e discussa soprattutto nell'ottica del principio di eguaglianza⁹³⁸. In particolare, nella riflessione dei giuslavoristi, si tende a contestare *in radice* che tanto le tutele del lavoro, quanto le tutele più latamente sociali possano atteggiarsi in modi diversi a seconda degli ambiti territoriali; o, comunque, si tende a concedere il meno possibile alla legislazione regionale, postulando la conservazione all'ambito della legislazione statale dei segmenti più significativi e sensibili della materia⁹³⁹.

Che tale preoccupazione abbia un preciso fondamento è fuor di dubbio: il frazionamento delle fonti normative del settore può senz'altro costituire occasione di regolamentazioni territorialmente differenziate, con effettivi, conseguenti rischi di mortificazione del principio di eguaglianza⁹⁴⁰.

Senonché, risulta agevole obiettare, già ad una prima analisi, che l'attribuzione di quella stessa

⁹³⁸ Sul problema del livello di disparità da considerare socialmente sopportabile, cfr., tra i primi commenti, G. ROSSI e A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. pubbl. amm.* (suppl.), 2002, 35.

⁹³⁹ Così, in particolare, M.V. BALLESTRERO, *Differenze e principio di eguaglianza*, in *Lav. e dir.*, 2001, 419; L. MARIUCCI, *Federalismo e diritti*, ivi, 403; M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro nel federalismo*, ivi, 491; M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.* 2003, 645; M. G. GAROFALO, *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 401. Su posizioni più "sfumate", cfr., peraltro, L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.* (suppl.), 2002, 149; R. DEL PUNTA, *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 2001, 431; R. PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e regioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 75; M. PALLINI, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?* in *Riv. giur. lav.* 2002, I, 21.

⁹⁴⁰ Comunque, per una "messa a punto" dei limiti di "diritto privato" alla potestà legislativa delle regioni, cfr. M. LUCIANI, *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari* in *Arg. dir. lav.*, 2002, 57.

disciplina ad un'unica fonte regolativa di per sé non necessariamente pone al riparo dal suddetto rischio. È stata giustamente richiamata, a tale specifico proposito, la stessa esperienza della legislazione lavoristica⁹⁴¹, la cui storia è segnata da un accoglimento graduale nel tempo del valore dell'uguaglianza. Ma, soprattutto – per effetto delle scelte recenti e meno recenti di flessibilizzazione delle discipline –, non può essere negato anche che la legislazione del lavoro conosce oggi potenzialità di diversificazione nettamente superiori a quelle del passato: diversificazioni che, in precedenza, una legislazione di garanzia – evidentemente, più partecipata, solida ed estesa – di fatto fortemente conteneva.

Il fatto è che il vero perno del sistema risulta pur sempre il catalogo dei diritti sociali, catalogo che la riforma del 2001 non risulta che abbia sostanzialmente intaccato⁹⁴². Per converso, il peso specifico dei valori di eguaglianza ed uniformità è, nelle sue concrete manifestazioni, un dato storicamente condizionato, e, dunque – lo si deve ammettere –, variabile nel tempo, in quanto collegato alla mutevolezza degli orientamenti politici che di volta in volta ispirano la legislazione ordinaria del settore⁹⁴³.

6. La salvaguardia dell'effettività del principio di eguaglianza

A quelle preoccupazioni di incombenti rischi di diseguaglianze territorialmente determinate, comunque, si può anche obiettare che il vigente testo costituzionale non è di certo avaro di strumenti atti a reagire ad una legislazione regionale che, in ipotesi, tenda a concretizzarsi in forme lesive di quel principio.

Già nel testo costituzionale non toccato dalla riforma del 2001 figurano principi idonei a definire in modo inequivocabile i rapporti tra federalismo e eguaglianza⁹⁴⁴: il principio di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5); il principio di solidarietà (art. 2); il principio di eguaglianza (art. 3); il principio di progressività del sistema tributario (art. 53).

E, dal suo canto, il testo novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 contiene specifici precetti, che, in sostanziale continuità con i suddescritti principi, risultano suscettibili di concorrere al medesimo fine di chiarificazione, indirizzo e contenimento delle potestà delle autonomie locali. Basti ricordare qui le norme di carattere generale, destinate ad incidere sul sistema delle fonti: in particolare, quella che riserva allo Stato la fissazione dei "*principi fondamentali nelle materie oggetto di legislazione concorrente*" (art. 117, comma 3, ultimo periodo), e quella (sulla quale ci sarà motivo di tornare espressamente) che ritaglia, come compito esclusivo dello Stato, la "*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere*

⁹⁴¹ Così M. VILLONE, *Il diritto del lavoro nella riforma del titolo V*, in *Dir. mercato lav.*, 2003, 495, il quale, come vice presidente della Commissione affari costituzionali, riferisce anche del dibattito svoltosi, allo specifico proposito, nel corso dei lavori parlamentari.

⁹⁴² Cfr. C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 500; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, 79 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 327 ss.

⁹⁴³ E, d'altra parte, così come oggi è consentito che, senza pregiudizio di quei valori, la legislazione statale riconosca alla contrattazione collettiva la potestà di regolamentazione – se del caso, differenziata per territorio – di spezzoni della disciplina del rapporto di lavoro (ma anche di quello previdenziale, come avviene, ad esempio, nelle forme ammesse di decontribuzione, per via di contratto collettivo, del salario di produttività), giustamente si avverte come non debba rappresentare ragione di scandalo il fatto che nell'immediato futuro quel medesimo rinvio possa avere come destinataria la legislazione regionale: cfr. M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2002, 85.

⁹⁴⁴ Cfr., per tutti, M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m, della Costituzione)* in *Pol. del dir.*, 2002, 345.

garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117, comma 2, lett. m). Ma non vanno dimenticati, al medesimo proposito, anche l’obbligo del *“rispetto della Costituzione”* e dei *“vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*, espressamente imposto tanto al legislatore statale quanto a quello regionale (art. 117, comma 1); il divieto (espressione di quei medesimi principi), imposto alle Regioni, di adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la *“libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni”*, o possano *“limitare l’esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale”* (art. 120, comma 1); l’*“interesse nazionale”*, che, pur formalmente espunto dal testo della riforma, sostanzialmente riemerge, nelle sue figure sintomatiche, nelle fattispecie giustificative di intervento *“sostitutivo”* del Governo, indicate dall’art. 120, comma 2.

Significativo, d’altra parte, al medesimo proposito, appare anche il fatto che il nuovo testo costituzionale espressamente attribuisca al legislatore regionale compiti specifici proprio in funzione della realizzazione del principio di eguaglianza.

È il caso, come mi sembra, di quanto disposto dall’art. 117, comma 7, che conferisce alle leggi regionali il compito di rimuovere *“ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica”*. Si tratta dell’indice di una condivisione con il legislatore statale di un compito di intervento in merito a valori essenziali ed onnipervasivi – quelli di cui all’art. 3 Cost. –, che seppure relativo ai soli profili caratterizzati dal genere, non può dirsi pregiudizialmente limitato al territorio.

7. Segue: diritti sociali e differenziazioni territoriali

È innegabile, per altro verso, che la riforma costituzionale del 2001 esplicitamente ammetta – ed è dato particolarmente positivo – la possibilità e la liceità di differenziazioni territoriali proprio nell’ambito dei diritti sociali.

Tale è, macroscopicamente, innanzitutto, il caso della previdenza complementare e integrativa, non per nulla attribuita (art. 117, comma 3, Cost.) alla potestà legislativa concorrente delle regioni, nonostante la sua già da tempo riconosciuta collocazione all’interno della fondamentale garanzia fissata dall’art. 38, comma 2, Cost.⁹⁴⁵: l’obiettivo di sicurezza sociale, di cui a quella norma, da oggi in poi (ufficialmente, e con il crisma della norma costituzionale), è destinato a realizzarsi attraverso la combinazione di intervento statale e di interventi regionali, e, dunque, in via di principio, in forme territorialmente differenziate.

D’altra parte, a ben considerare, la stessa riserva al legislatore statale della potestà legislativa in materia di *“livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”* implica il riconoscimento che le Regioni potranno intervenire anche in aree relative a questi ultimi: ovviamente,

⁹⁴⁵ Corte cost. 3 ottobre 1990 n. 427, in *Foro it.*, 1991, I, 2005; 8 settembre 1995 n. 421, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 7; 5 giugno 2000, n. 178, in *Giur. cost.*, 2000, 1545. A meno di ritenere, per assurdo, che, in conseguenza di quanto al proposito stabilito nel nuovo testo dell’art. 117, si debbano rimettere in discussione gli esiti del dibattito sui referenti costituzionali della previdenza complementare: cfr. R. BIFULCO, *La previdenza complementare nella riforma del titolo V della Costituzione*, in *Prev. pubbl. e priv.*, 2001, 6.

oltre lo zoccolo riservato allo Stato (c.d. sussidiarietà “al rialzo”); ma, comunque, con innegabile, conseguente possibilità di differenziazioni territorialmente determinate⁹⁴⁶.

Non mi sembra, però, che solo per questo possa lamentarsi una sorta di “attenuazione” del principio dettato dall’art. 3 Cost.⁹⁴⁷: la vera diversità rispetto al passato – se diversità si deve riconoscere – mi sembra che sia ricollegabile al fatto che – in conseguenza della valorizzazione del ruolo delle autonome locali, e, dunque, del peso degli interessi più vicini al livello periferico di governo –, l’operazione di contemperamento dei contrapposti interessi, di fatto, dovrà attingere, d’ora in poi, ad una soglia di complessità più elevata: dunque, di certo non a detrimento dell’eguaglianza sostanziale, ma, semmai, in funzione di una sua più sofisticata realizzazione⁹⁴⁸.

Soltanto collocandosi con rigore in tale prospettiva è da ritenere che possa “stemperarsi” quanto di dirompente, a ben considerare, di per sé consentirebbe l’impostazione federalista nell’ambito stesso della previdenza sociale: quella possibilità di differenziazione per zone degli importi delle prestazioni di previdenza di base, a seconda dei diversi livelli del costo della vita, della quale si è più volte dibattuto, per essere, poi, prudentemente accantonata.

8. Rilevanza e limiti del principio di sussidiarietà nell’ordinamento costituzionale

Alla luce di tali dati, dunque, appare opportuno prendere atto, con coerenza, che quanto di cruciale e potenzialmente innovativo è stato introdotto dalla riforma propriamente ruota, piuttosto che intorno al principio di eguaglianza, intorno ai problemi che pone la ripartizione di compiti e di responsabilità nella specifica materia: cioè, intorno al principio di sussidiarietà⁹⁴⁹.

Invero, la sussidiarietà quale accolta dall’attuale testo contrattuale, risulta manifestarsi (giuste le considerazioni di cui appresso) essenzialmente come criterio di suddivisione delle responsabilità di tutela tra più “centri”, senza, però, che questo implichi alcuna gerarchia tra fonti normative o centri di governo; semmai essa presuppone un ordine – una *consecutio* – tra le occasioni (le modalità) degli interventi di tutela stessa: e ciò tanto nel caso in cui detta tutela sia rimessa a centri

⁹⁴⁶ In proposito, cfr. R. ROMBOLI, *Le modifiche del titolo V della parte II della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, 190; R. BIFULCO, *Federalismi e diritti*, in *La Repubblica delle autonomie*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, 2001, 114; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002, 74.

⁹⁴⁷ A garantire l’uniformità provvede il legislatore statale attraverso l’esercizio del compito di cui all’art. 117, comma 2, lett. m (vedi *infra*), nonché attraverso la fissazione dei “*principi fondamentali*”, di cui all’ultima parte dell’art. 117, comma 3.

⁹⁴⁸ E sulla base del medesimo criterio è da ritenere che vada interpretato anche quanto consegue alla possibilità (art. 116, comma 3) che con legge dello Stato, approvata a maggioranza assoluta, vengano attribuite alla Regioni “ulteriori forme e condizioni particolare di autonomia”: si tratta, invero, di una eventualità che rende manifesta l’accettazione da parte del costituente del 2001 di logiche di competitività (realizzare condizioni di efficienza che possano attirare capitali e investimenti), ma rispetto alle quali si contrappongono i limiti del principio di solidarietà, come rende evidente anche la misura di bilanciamento rappresentata dall’intervento del “*fondo integrativo*” (art. 119).

⁹⁴⁹ Invero, il testo costituzionale, né nella sua formulazione originaria, né in quella riformata fornisce indicazioni utilizzabili a fini definitivi; sicché, salvo il poco che può ricavarsi a proposito della sussidiarietà verticale dalla nuova formulazioni dell’art. 117 Cost., il concetto risulta individuabile solo attraverso il ricorso a fonti esterne alla Costituzione stessa. Ed, invero, è insegnamento di una consolidata giurisprudenza costituzionale, quello secondo il quale le formule utilizzate nella Costituzione “si debbono interpretare secondo il significato che hanno nel comune linguaggio legislativo e nell’ordinamento giuridico” (così già Corte cost. n. 66 del 1961), e, dall’altro, da quelle elaborazioni dottrinali sui limiti *ratione materiae* della legislazione regionale, che ricavano il senso delle locuzioni costituzionali dalla legislazione ordinaria, cui il legislatore costituente fa implicito riferimento, e che viene comunemente indicato come criterio “storico-normativo”; cfr. già A. D’ATENA, *L’autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974.

di governo pubblico, quanto nel caso in cui la responsabilità di questa sia, viceversa, ripartita con organismi privati⁹⁵⁰.

In quanto criterio ordinatore degli interventi stessi di coloro (enti pubblici o soggettività private) in concreto investiti del compito (e della responsabilità) di realizzare la tutela sociale, la sussidiarietà non può essere considerata il tramite necessario per l'ingresso di interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli che risultano già dal preesistente catalogo dei diritti sociali garantiti dalla Costituzione.

Peraltro, nel ripartire il compito di protezione e nell'imporre un ordine agli assuntori del compito stesso (e, tramite quelli, un ordine anche alla sequenza delle iniziative), quel principio, di fatto, implica, a favore degli interessi delle comunità minori e intermedie, maggiori capacità di espressione e di soddisfazione. E in ciò va ravvisata la particolarità e, insieme, l'ambivalenza del principio di sussidiarietà che non solo idealmente pone in sequenza gli interventi, ma contemporaneamente realizza la possibilità di una più ravvicinata interpretazione dei bisogni espressi dal corpo sociale, e, quindi, in via di principio, una più puntuale soddisfazione dei relativi interessi.

In più occasioni si è osservato⁹⁵¹ che ascendenze del principio di sussidiarietà sono agevolmente rinvenibili già nel testo originario della Costituzione. A seguito della sua espressa menzione nel testo novellato della legge di riforma, se ne postula, pertanto, una sorta di "rivitalizzazione", tale, in sostanza, da rendere senz'altro possibile (se non tale da imporre) un modello diverso da quello attuale⁹⁵².

Senonché appare assai dubitabile che da quanto di innovativo apportato a proposito di "sussidiarietà" dalla riforma del 2001 possano ricavarci, oggi, argomenti che rafforzino realmente quella risalente e discussa impostazione concettuale ed ermeneutica.

Ed, invero, quanto si può ricavare in merito dal testo riformato risulta scarsamente suscettibile, a mio avviso, di incidere sui termini del risalente dibattito. Tanto mi sembra che conduca a ritenere, infatti, un'esegesi spassionata e libera da pregiudiziali ideologiche delle norme che quel principio menzionano: cioè, gli artt. 118, comma 1 e 4, e 120, comma 2, nel testo novellato.

Innanzitutto, quanto a sussidiarietà verticale, va osservato che, nel regolare la ripartizione tra gli organi di governo federale delle relative attribuzioni, il legislatore del 2001 soltanto per quanto riguarda le funzioni amministrative (art. 118, comma 1) si rimette all'operatività del principio di sussidiarietà, inteso nella più genuina essenza: cioè, come criterio di spontanea, non predeterminata ripartizione di compiti e responsabilità. Invece, per quanto riguarda le competenze legislative, la nuova disciplina prevede una ripartizione tipizzata, predeterminata in via cogente (nuovo testo dell'art. 117): con il che, però, a ben considerare, il principio di sussidiarietà finisce per

⁹⁵⁰ Per un quadro generale, cfr. G.G. BALANDI, "Pubblico" e "privato" e principio di sussidiarietà nel sistema del welfare state, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, 213.

⁹⁵¹ Si confrontino, ad esempio, V. SIMI, *IL pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, 1986; P. OLIVELLI, *Costituzione e sicurezza sociale*, Milano, 1988.

⁹⁵² B. CARAVITA, *op. cit.*, 15; L. VIOLINI, *op. cit.*, 58 ss.; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralista*, in AA. VV., *Studio sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001.

restare irrigidito ed impoverito di quanto è maggiormente rappresentativo della sua più intima valenza concettuale⁹⁵³.

Ma, anche per quanto riguarda le funzioni amministrative, la considerazione che il riformatore tributa al principio in questione risulta alquanto contenuta, se è vero che ne finalizza l'operatività (art. 118, comma 1) all'"esercizio unitario" di quelle funzioni (attualmente "attribuite ai Comuni")⁹⁵⁴, e che, comunque, il rilievo del principio stesso risulta attenuato dall'imposto concorso con i principi di "differenziazione ed adeguatezza": con il conseguente effetto di una valutazione necessariamente circostanziata delle caratteristiche dei diversi ambiti territoriali⁹⁵⁵, che non contribuisce di certo a ridurre i suaccennati connotati di rigidità e indeterminatezza.

Quanto, poi, alla "sussidiarietà orizzontale", va considerato, come prima cosa, che la disposizione dalla quale detta manifestazione del principio di sussidiarietà viene desunta (art. 118, comma 4) in realtà si limita a stabilire che lo Stato e le altre entità di governo "favoriscono" l'iniziativa dei cittadini singoli e associati, e fissa, per altro verso, una condizione ulteriormente limitativa: precisamente, che tale iniziativa "di base" sia "autonoma" e finalizzata ad "attività di interesse generale".

Ma, non si tratta solo di questo. Dalla formulazione letterale della suddetta norma, a ben considerare, non è dato ricavare con sicurezza se il "principio di sussidiarietà", che la stessa espressamente menziona, sia effettivamente riferibile all'iniziativa privata, o non piuttosto alle entità di governo. Sicché, in realtà, non è dato comprendere se la norma sia effettivamente nel senso di favorire l'"autonoma iniziativa dei cittadini" (che si svolge "sulla base del principio di sussidiarietà") – e, cioè, effettivamente nel senso della sussidiarietà orizzontale, seppur "assistita" –, o non piuttosto nel senso che sono "Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni" a doversi ripartire, "sulla base del principio di sussidiarietà", il compito di favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini": lettura quest'ultima, che, come è evidente, sostanzialmente conduce, però, la disposizione verso l'alveo della sussidiarietà verticale, piuttosto che verso quello della sussidiarietà orizzontale.

Inoltre, non si può non stigmatizzare come un genuino accoglimento del principio di sussidiarietà orizzontale necessariamente avrebbe dovuto implicare, a ben considerare, l'apprezzamento e la considerazione e regolamentazione anche del suo aspetto "verticale", cioè dei rapporti tra i diversi "livelli" delle istanze di base; ma della considerazione di tale, pur rilevante profilo non vi è alcuna, neppure debole traccia nel testo riformato.

D'altra parte, non può sfuggire come, nella prospettiva del riformatore del 2001, il ruolo riservato

⁹⁵³ Cfr., per più generali riferimenti, L. GAETA, *Sussidiarietà e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell'approccio "a più livelli"*, testo dattiloscritto della relazione al Convegno IEES, "Federalismo e sussidiarietà nella sicurezza sociale", Roma 23-25 settembre 2004.

⁹⁵⁴ Sul tramonto del parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa, cfr., in particolare, Q. CAMERLENGO, *Leggi provvedimento e sussidiarietà verticale: la cura concreta degli interessi pubblici tra l'attività legislativa stabile e regionale, e l'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 2004, 51, in particolare alle pp. 56 ss.; F. PIZZETTI, *op. cit.*, 602 ss. Detto parallelismo, tuttavia, permane per tutte le competenze legislative aventi un fondamento nello statuto delle Regioni e delle Province a statuto speciale: cfr. Corte cost. 19 luglio 2004 n. 236.

⁹⁵⁵ Così, M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1273 (alla p. 1284).

allo Stato risulti comunque particolarmente incisivo anche nelle manifestazioni che vorrebbero essere “orizzontali” del principio in questione.

Al proposito, infatti, lo Stato è chiamato ad un duplice, essenziale compito: al “sostegno”, *in primis*, delle collettività minori; e, in secondo luogo, ad essere pronto ad intervenire, in ultima istanza, in caso di loro fallanza. In questo manifestandosi, come mi sembra, la scelta a favore della perdurante essenzialità del ruolo del governo centrale: sicuramente, come imprescindibile fattore di coesione dell’unità nazionale (art. 5 e art. 119, comma 5, Cost.) e di preordinata disponibilità al *subsidium*⁹⁵⁶; ma, inevitabilmente, anche come elemento “forte” di contenimento e vincolo del livello orizzontale della sussidiarietà stessa⁹⁵⁷.

Il principio di sussidiarietà, infine, è espressamente richiamato a proposito dei rapporti tra Governo e organi delle autonomie locali nell’esercizio delle rispettive potestà amministrative (art. 120, comma 2).

Anche in tal caso, tuttavia, le indicazioni che si ricavano dal testo della norma non appaiono evocative di tratti particolarmente incisivi.

Si consideri, infatti, che il principio viene evocato, innanzitutto, in riferimento ai diversi livelli di governo, e, dunque, in una prospettiva ancora una volta, di sussidiarietà verticale; è riferito, poi, alle sole potestà amministrative: e, dunque, alla fase, per così dire, di secondo grado, alla quale, però, come già ho ricordato, corrisponde una rigida predeterminazione del livello primario (quello propriamente normativo); quel principio, infine, viene anche in tal caso stemperato dall’imposizione del concorso con il “*principio di leale collaborazione*”, che, in sé considerato, concettualmente presuppone responsabilità solidali, non già responsabilità sussidiarie.

Ma, soprattutto, va rilevato come il principio in questione venga richiamato da detta innovativa disposizione costituzionale in una prospettiva operativa che è concettualmente e materialmente ben delimitata, se non “eccezionale”: quella dei “*poteri sostitutivi*”, cioè dei poteri che vengono riconosciuti al Governo non già in via generale, a fronte di accertate inadeguatezze del livello di governo inferiore all’assolvimento delle proprie attribuzioni (come, a rigore, sarebbe proprio del principio di sussidiarietà)⁹⁵⁸, bensì soltanto in presenza di ben specificate e tipizzate esigenze o inadempienze di quel livello di governo: precisamente, a fronte del “*mancato rispetto di norme e*

⁹⁵⁶ È quanto rivela, d’altra parte, la stessa etimologia, derivante dal gergo militare romano: *subsidium* erano le truppe di riserva pronte a intervenire in aiuto delle coorti che combattevano in prima linea (cfr. F. CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*, Torino, 1955).

⁹⁵⁷ Invero, il principio di sussidiarietà orizzontale non solo non riduce la responsabilità dei soggetti di livello superiore (e, segnatamente, di quelli pubblici), ma prospetta anche la questione della sua dimensione verticale, cioè della relazione tra i vari livelli di strutture private: v. F. CAFAGGI, *op. cit.*, 22 ss. Da notare che nella dottrina sociale cristiana (v. in particolare enciclica del 1931) si postula al proposito una sorta di ordine gerarchico basato sul rapporto “minore-maggiore”, il quale sfugge, però, a qualsiasi possibilità di affidante definizione, e comunque non appare riducibile al criterio territoriale (elementi di raffronto e riflessione potrebbero forse trarsi dalla risalente – e superata – vicenda dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello). Neppure il livello comunitario, in quanto basato sulle sussidiarietà tra Comunità e Stati membri (o loro articolazioni), e, dunque, sulla sussidiarietà verticale, può contribuire a definire la sussidiarietà orizzontale.

⁹⁵⁸ Palese è, dunque, lo scostamento da quello che risulta essere il *proprium* del principio di sussidiarietà, che – per usare le parole di L. VIOLINI, *op. cit.*, 57 – è quello di aggiungere al principio federale tradizionale “un elemento importante, costituito dalla necessità di giustificare l’esercizio, da parte del livello di governo superiore, delle competenze attribuite per Costituzione sulla base di accertate inadeguatezze del livello inferiore”. Su tale aspetto, cfr. anche S. ZAMAGNI, *La sussidiarietà, l’economia e la nuova Carta costituzionale, in Sussidiarietà. La riforma possibile*, cit., 1998, 41 ss.

trattati internazionali o della normativa comunitaria” da parte degli “*organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni*”; oppure per garantire “*l’incolumità e la sicurezza pubblica*”, “*la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica*”, o la “*tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*”; cioè, materie (già) attribuite alla potestà esclusiva dello Stato, tanto legislativa che regolamentare (salva, per quest’ultima, la possibilità di espressa delega alle Regioni). E va rimarcato, infine, che il principio è invocato da tale norma non già per porre dei limiti sostanziali a quei poteri sostitutivi, bensì soltanto per regolarne le procedure di esercizio, e riservare tale compito alla legge ordinaria (“*la legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto ...*”)⁹⁵⁹.

Dal testo del 2001 emerge, in conclusione, un principio di sussidiarietà dai profili alquanto sbiaditi⁹⁶⁰, e che, comunque, ben difficilmente potrebbero essere considerati idonei a supportare una rinnovata lettura (in chiave, appunto, di “sussidiarietà”) della parte prima della Costituzione. In parole povere: l’impressione è che, al proposito, i termini della questione restino, anche dopo la riforma, sostanzialmente tali, quali erano prima.

9. Segue: sussidiarietà e ripartizione degli oggetti di potestà legislativa secondo il testo riformato

Emblematica della problematicità dello stesso profilo “verticale” del principio in questione, quale configurato dal legislatore costituzionale del 2001 è, d’altra parte, la stessa incerta identificazione delle materie oggetto di ripartizione tra le potestà legislative e regolamentari, rispettivamente, di Stato e regioni, proprio per quanto riguarda la materia della “sicurezza sociale”.

Ed, invero, non si tratta “soltanto” di interpretare esattamente i ruoli e i relativi rapporti di Stato ed enti locali nella regolamentazione del *welfare*, quali configurati dalla riforma: si tratta, prima ancora, di definire gli ambiti delle stesse materie, oggetto dell’attribuzione di competenza legislativa. Che cosa deve intendersi, alla luce del testo riformato, per “*tutela e sicurezza del lavoro*” o per “*previdenza complementare e integrativa*”?⁹⁶¹ E quali sono i confini della “previdenza

⁹⁵⁹ “La disposizione è posta a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità, che il mancato o l’illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti articoli 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente”: Corte cost. 19 luglio 2004 n. 236, in *Gazz. Uff.*, 1ª serie spec., n. 29 del 28 luglio 2004.

⁹⁶⁰ Concordanti le conclusioni di G.G. BALANDI, *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *Lav. e dir.*, 2001, 479 (in particolare alle pp. 486 ss).

⁹⁶¹ Si tratta di problematica che ha subito suscitato un vivacissimo dibattito. In particolare, quanto ai profili contenutistici della materia, gli interpreti hanno evidenziato come l’espressione “*previdenza complementare e integrativa*” (ed, in particolare, l’endiadi che essa contiene) ponga notevoli difficoltà interpretative, tanto da poter giustificare soluzioni anche assai diversificate. Se ci si attiene strettamente, secondo l’insegnamento della giurisprudenza costituzionale, al significato che quei termini hanno nel comune linguaggio legislativo, si rischia, però, di essere indotti ad interpretare alquanto restrittivamente l’espressione in questione: come riferibile, cioè, alla sola previdenza privata pensionistica e sanitaria. Infatti, la legislazione vigente denomina, appunto, “*complementari*” le forme pensionistiche contemplate dal d.lgs. n. 124 del 1993, e “*integrativi*” i fondi che, ai sensi del d.lgs. n. 229 del 1999, provvedano ad incrementare le prestazioni del Servizio sanitario nazionale. Per altro verso, però, se si prende in considerazione il fatto che norme di legislazione speciale fanno menzione alla “*previdenza integrativa*” (anche) in riferimento a forme di previdenza obbligatoria, regolata per legge e specifica di alcuni regimi di base, che la stessa concorre a formare (e, dunque, elettivamente riservata, come tale, alla competenza esclusiva del legislatore statale), si potrebbe forse concludere diversamente, riconoscendo che alle Regioni è stata attribuita una competenza legislativa a istituire per legge regimi di previdenza obbligatoria integrativi del regime nazionale, analogamente a quanto già vale per le Regioni a statuto speciale (M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav* 2002, 25), e, quindi, che la relativa potestà non può ritenersi pregiudizialmente limitata alla mera disciplina delle forme di previdenza complementare, istituite

sociale”?⁹⁶²

Ed a tali, già di per sé non indifferenti, problemi di identificazione delle materie, strettamente se ne accompagna un altro, anch'esso di particolare rilievo: quello dei limiti diretti e indiretti che la potestà regionale è destinata a subire, all'interno di ciascuna materia che ne è oggetto, in conseguenza e per effetto dell'intreccio di competenze ed inevitabili interferenze tra le stesse materie ripartite.

Soltanto per esemplificare, può essere qui ricordato che la potestà legislativa regionale

e regolate dall'autonomia privata. Non manca, peraltro, chi tende a sostenere che alle Regioni sia stato attribuito dalla riforma “il potere di integrare ogni aspetto del sistema previdenziale statale, sia con la previsione di prestazioni più generose, sia con l'introduzione di istituti aggiuntivi”, che – non lo si dice esplicitamente, ma lo si lascia intendere – potrebbe avere natura obbligatoria, e non più soltanto facoltativa. Così come non manca chi postula che la locuzione “*previdenza complementare e integrativa*” possa essere intesa anche in senso particolarmente ampio: precisamente, quale endiadi riferibile al sistema di protezione sociale complessivamente considerato, e, dunque, astrattamente riferibile non solo alle pensioni e all'assistenza sanitaria, ma anche a prestazioni di disoccupazione, di cassa integrazione guadagni, di malattia, di maternità, cioè, in sostanza, ad ogni provvidenza idonea a contrastare il bisogno e il rischio di marginalità sociale (F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 17). Ove si accolga tale ampia accezione della materia in riferimento, si dovrebbe conseguentemente ravvisare una sostanziale compenetrazione tra questa e quella della “*tutela e sicurezza del lavoro*”; ma senza che ciò possa implicare, nello specifico, rispettivo ambito, questioni aggiuntive, trattandosi, in entrambi i casi, di materie affidate alla potestà legislativa concorrente delle Regioni (G.G. BALANDI, *op. ult. cit.*, 2001; C. LAGALA, *Le regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 363).

⁹⁶² In realtà – non è univamente definibile neppure l'ambito di quello che è l'altro “corno” della materia, dal nuovo testo dell'art. 117 Cost. attribuito alla competenza esclusiva del legislatore statale. Invero, con l'intervento di riforma in esame, l'espressione “*previdenza sociale*”, fa ingresso per la prima volta nella Costituzione; tuttavia, ciò è avvenuto senza che, con l'occasione, sia stato offerto alcuno spunto definitorio, diretto a superare le incertezze che tuttora involgono la nozione per effetto di un risalente, non ancora composto dibattito sui caratteri e gli ambiti stessi della materia. Per un verso, infatti, secondo la “concezione integrata” del sistema di sicurezza sociale (v., da ultimo, R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2004), questo non sarebbe scomponibile nei due settori della previdenza e dell'assistenza – come, viceversa, sostiene la contrapposta “concezione dicotomica” –, bensì avrebbe una configurazione unitaria: con la implicita conseguenza che, paradossalmente, proprio per effetto della recente riforma costituzionale, la sfera legislativa regionale risulterebbe ridotta, anziché incrementata, la potestà legislativa esclusiva dello Stato dovendo attrarre, attraverso tale allargata nozione di “*previdenza sociale*”, anche l’“*assistenza sociale*”, e sottrarla, quindi, al dominio, della potestà legislativa regionale, finora, viceversa, incontrastato. Per un altro verso, nell'ambito della concezione dicotomica – e, quindi, della conservata distinzione tra “*previdenza*” e “*assistenza*” –, si potrebbe sostenere l'estraneità ai territori della specifica materia di quelle prestazioni (in particolare, quelle destinate alla famiglia), le quali, sulla base di una mera, quanto contingente, scelta di convenienza politica, anziché continuare ad essere erogate in correlazione con lo *status* professionale, potrebbero, in qualsiasi momento, essere convertite in forme di tutela universalistica (cioè, destinate a tutti i cittadini), e, dunque, collocandosi all'interno della materia dell'assistenza sociale, divenire di competenza regionale esse stesse (G. DONDI e G. ZAMPINI, *La previdenza sociale e integrativa*, in *Lav. pubbl. amm.* (suppl.), 2002, 178). Verosimilmente, però, il criterio ermeneutico da seguire, in difetto di altri realmente affidanti, è ancora proprio quello “tradizionale” già richiamato: assumere come “guida” la nozione comunemente accolta nel linguaggio giuridico e nella giurisprudenza costituzionale. Ed allora non potrebbe che prendersi atto del fatto che, già da tempo, la Corte costituzionale, pur mostrandosi consapevole del carattere “aperto” del precetto di cui all'art. 38 Cost. (mi permetto di rinviare a M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.* 1982, I, 156), ha riconosciuto la fondatezza dell'impostazione “bipartita” del sistema di sicurezza sociale (Corte cost. n. 31 del 1986; n. 136 del 1993; n. 509 del 1995), ravvisando nei primi due commi della suddetta norma due fattispecie tipiche e distinte: la prima, rappresentativa dell’“*assistenza sociale*”; la seconda, rappresentativa della “*previdenza sociale*”. Sulla base di tale distinzione nessuna “erosione” dei territori dell'assistenza sociale, già occupati dalle Regioni, potrebbe essere imputata alla recente innovazione del testo costituzionale in riferimento, così come nessuna “erosione” a danno della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia delle assicurazioni sociali e, comunque, in quelle espressamente indicate nell'art. 38, comma 2, Cost. D'altra parte, se è vero che l'espressione “*previdenza sociale*” è entrata nella Carta costituzionale per la prima volta con la riforma del 2001, si deve, però, considerare che la stessa era già stata impiegata in risalenti leggi costituzionali: va ricordato, infatti, che la “*previdenza sociale*”, sia pure in endiadi con le “assicurazioni sociali”, è espressamente nominata nello statuto della Regione Trentino Alto Adige e in quello delle relative Province autonome, nonché di altre Regioni a statuto speciale. Per una valorizzazione del contributo definitorio della giurisprudenza costituzionale cfr. G.G. BALANDI, *Il sistema previdenziale*, cit., 479; L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, a cura di M. Rusciano, Napoli, 2004, 9 (specialmente p. 17 ss).

concorrente in materia di *“previdenza complementare”*, oltre a trovare un limite espresso (art. 117, c. 3) nella riserva alla potestà legislativa dello Stato della determinazione dei *“principi fondamentali”* (che si aggiunge, senza sovrapporsi, a quella della determinazione dei *“livelli essenziali”*), è destinato a trovare un limite diretto nella riserva alla potestà esclusiva dello Stato di materie con le quali la disciplina della previdenza complementare necessariamente interferisce: e, cioè, nella potestà esclusiva statale di legiferare in materia di *“tutela del risparmio e mercati finanziari”*, di *“tutela della concorrenza”*, di *“perequazione delle risorse finanziarie”* (art. 117, c. 2, lett. e), ma anche (o, forse, soprattutto) nella potestà legislativa esclusiva in tema di *“ordinamento civile”* (art. 117, c. 2, lett. e) e di *“ordinamento e organizzazione dello Stato”* (lett. g).

Altrettanto potrebbe assumersi per l’*“assistenza sociale”*: basti sottolineare che detta materia, pur essendo oggetto di competenza residuale delle regioni – e dunque libera, in via di principio, dal giogo del concorso di fonti –, è comunque destinata a doversi confrontare, oltre che con il principio di riserva alla competenza legislativa esclusiva statale della *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”* (art. 117, c. 2, lett. m), con le competenze esclusive statali in materia di *“tutela dell’ambiente”* (art. 117, comma 2, lett. s), in materia di *“ordine pubblico e sicurezza”* (art. 117, co. 2, lett. h), in materia di *“tutela della concorrenza”*, in materia di *“perequazione delle risorse finanziarie”* (art. 117, c. 2, lett. e), e, comunque, con i principi fissati dalla legge statale nelle materie della *“tutela della salute”*, della *“tutela e sicurezza del lavoro”*, della *“protezione civile”* (art. 117, c. 3)⁹⁶³, oggetto di competenza legislativa concorrente.

Tale intreccio di competenze naturalmente non deve stupire, posto che ogni singola attività inevitabilmente non può esplicarsi in un ambito rigorosamente delimitato e privo di interferenze. Tuttavia, la scelta in concreto adottata nel 2001 è altrettanto manifestamente foriera di difficoltà non secondarie: direttamente, quanto ad *actio finium regundorum* e di governo delle interferenze, ma, inevitabilmente, seppure indirettamente, anche quanto a ripartizione delle responsabilità e, quindi, quanto a concreta realizzazione della stessa sussidiarietà verticale⁹⁶⁴.

10. La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni come criterio di governo del rapporto tra federalismo e unità del sistema

Il principale, più penetrante criterio “di governo” del rapporto tra federalismo e unità nazionale,

⁹⁶³ A sua volta, la competenza esclusiva statale in materia *“tutela dell’ambiente”* ha motivo di interferire con quella che ha ad oggetto, rispettivamente, il *“governo del territorio”* e la *“violazione dei beni culturali e ambientali”*, rientrando negli ambiti della legislazione concorrente: cfr., da ultimo, a proposito dell’intricata vicenda del condono edilizio, Corte cost. n. 196 del 2004.

⁹⁶⁴ Comunque, in considerazione di tale aspetto, va registrata la possibilità che, per effetto della riforma, si possa di fatto realizzare una sorta di erosione dei margini operativi della legislazione regionale e della relativa potestà statutaria, paradossalmente proprio là dove questa già sussisteva, ed era maggiore: cioè, presso le Regioni e le Province a statuto speciale (al proposito, vale, però, la *“clausola di salvaguardia”* delle *“forme di autonomia più ampie”*, di cui alla disposizione transitoria dettata dall’art. 10, legge cost. n. 3 del 2001). Anche sotto tale aspetto appare profilarsi quell’attenuazione delle differenze, quanto ad autonomia, tra Regioni a statuto ordinario e Regioni a statuto speciale (B. CARAVITA, *op. cit.*), resa esplicita, peraltro, già dal comma 3 del nuovo art. 116 Cost. Per altro verso, la attribuzione del *“secondo pilastro”* del sistema previdenziale alla competenza legislativa concorrente delle Regioni potrebbe essere il sintomo di una tendenza evolutiva del quadro costituzionale; ma sembra possibile obiettare che le materie di competenza esclusiva – ordinamento civile, previdenza sociale – sono tali nei limiti in cui la stessa Costituzione non riferisce segmenti delle medesime alle competenze concorrente (vedi previdenza complementare): tale aspetto *“precede”* lo stesso principio del bilanciamento, evocato dalla giurisprudenza costituzionale).

espressamente canonizzato dalla recente legge costituzionale, è, comunque, quello rappresentato dalla *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*, oggetto di competenza esclusiva della legislazione statale.

Detto compito dello Stato è destinato a rappresentare un valore fondamentale per gli assetti finali del sistema di *welfare*. È sufficiente ricordare, molto schematicamente, che detta *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”*, come ha precisato la Corte costituzionale, è una *“competenza”* che attraversa tutte le materie⁹⁶⁵, alla quale si riconosce un ruolo di assoluto rilievo: quello di collante dei diritti di cittadinanza⁹⁶⁶; di garanzia che il decentramento di funzioni e compiti venga perseguito senza detrimento del principio di unitarietà qualitativa del complessivo sistema⁹⁶⁷; di *discrimen* che condiziona l'effettività dell'esercizio delle competenze legislative delle Regioni⁹⁶⁸; di criterio che identifica i livelli di responsabilità, nei quali si sostanzia il principio di sussidiarietà verticale⁹⁶⁹.

Ma va sottolineato anche che la *“tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”* non è soltanto una competenza esclusiva della legislazione statale. Essa è, contemporaneamente e aggiuntivamente (art. 120, comma 2), come già ricordato, un criterio di legittimazione per l'esercizio da parte del governo statale di *“poteri sostitutivi”* di quelli propri delle regioni (e degli altri enti locali). Dunque, si tratta anche di un criterio per mezzo del quale il governo centrale può oltrepassare (sia pure in situazione di *“emergenza”* e in via strumentale) il confine che separa i propri poteri da quelli delle regioni⁹⁷⁰.

Ciò puntualizzato, resta, però, il problema, non lieve, della definizione del concetto⁹⁷¹.

⁹⁶⁵ Corte cost. 26 giugno 2000 n. 282, in *Foro it.*, 2002, I, 394, ha affrontato la questione relativa al tipo di competenza rappresentata dai livelli essenziali delle prestazioni, affermando che *“non si tratta di una materia in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale, idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle”*.

⁹⁶⁶ A. M. POGGI, *La “previdenza complementare e integrativa” nel nuovo titolo V della Costituzione tra politiche sociali e cittadinanza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 13.

⁹⁶⁷ E. ALES, *Diritti di cittadinanza e “livello essenziale di prestazione” nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull’“egualianza solidale”*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 349.

⁹⁶⁸ E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, cit.

⁹⁶⁹ F. CAFAGGI, *op. loc. cit.*

⁹⁷⁰ Si deve, però, anche sottolineare quanto già precedentemente rilevato *sub* paragrafo 8: e, cioè, che tale criterio di legittimazione non trova la sua *ratio* nella accertata inadeguatezza del livello inferiore di governo (nel che, storicamente, consiste il *proprium* del principio di sussidiarietà), bensì in esigenze di reazione a specifiche, tipizzate situazioni. Tale aspetto è, seppure indirettamente, evidenziato anche da B. CARAVITA, *op. cit.*, 133.

⁹⁷¹ Per quanto concerne l'esatta interpretazione da attribuire all'espressione utilizzata dall'art. 117, comma 2, lett. m), si tende a scartare la fondatezza di una interpretazione letterale, cioè di un'interpretazione che riferisca il concetto alle singole prestazioni: e ciò non soltanto per gli intuibili inconvenienti e difficoltà pratici di tale operazione, ma anche perché inconciliabile, quella interpretazione letterale, con quanto si ricava dall'art. 120, comma 2, Cost., che disciplina il potere sostitutivo dello Stato, quando l'ente locale, appunto, non abbia realizzato la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni. Ed, in effetti, si deve convenire che l'espressione *“livelli essenziali delle prestazioni”* individua *“un insieme di misure indispensabili, all'interno delle quali costruire prestazioni vere e proprie [...]”,* cioè l'individuazione di condizioni soggettive di bisogno e di disagio, cui porre rimedio attraverso la garanzia di un livello qualitativo omogeneo di prestazioni e non l'individuazione puntuale di un nucleo essenziale dei diritti di cittadinanza sociale” ... (E. ALES, *op. cit.*, 359). Tale impostazione si giustifica anche in considerazione delle potenzialità indefinitamente moltiplicative dell'offerta di servizi sociali, secondo quanto già implicito nella legge quadro n. 328 del 2000: più ampia è tale moltiplicazione, maggiore è il rilievo da

Ed, anzi, va preso atto che, proprio per effetto della difficoltà di stabilire che cosa esattamente voglia intendere la nuova disposizione costituzionale per “livello essenziale”, non può *a priori* escludersi il rischio che, nella pratica applicativa, si possa pervenire ad un “appiattimento” del concetto su quello di “sufficienza” di cui all’art. 38, comma 1, Cost., come più di una circostanza e le opinioni già in proposito espresse da alcuni interpreti, lasciano intravedere⁹⁷²: con il che, però, rischierebbe di restare inciso lo *standard* complessivo stesso della tutela costituzionalmente garantita.

Ed, invero che non si tratti di un rischio remoto lo si può ricavare, innanzitutto, dal fatto “tecnico” anche la disposizione in esame non può non coordinarsi con la “parte prima” della Costituzione, cioè con la “sede” dei principi. Ebbene, prendendo a parametro le materie della previdenza e dell’assistenza, non può non darsi atto che detta “parte prima” conosce (*sub* art. 38) solo due livelli di protezione sociale: quello della “sufficienza”, normalmente correlato agli interventi di natura assistenziale, e quello della “adeguatezza”, normalmente correlato agli interventi di natura previdenziale⁹⁷³. Escluso, per ragioni sistematiche e di collocazione topografica dell’art. 117, che l’“essenzialità” da esso considerata possa rappresentare un *tertium genus*, sembrerebbe giusto concludere che detto requisito non possa che rapportarsi al livello della “sufficienza”. E ciò non soltanto *ratione materiae*, posto che soltanto per l’assistenza sociale, e non anche per la previdenza sociale (già di per sé di competenza esclusiva della legislazione statale), si giustifica detto intervento statale “di garanzia”; bensì, anche e più sostanzialmente, per il fatto che, come già ricordato, il livello di “adeguatezza” risulta “garantito”, per i profili previdenziali, dal concorso delle attribuzioni, rispettivamente, di Stato e regioni nella specifica materia, quale configurato dallo stesso art. 117: la previdenza di base alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e la previdenza complementare alla competenza legislativa concorrente⁹⁷⁴.

attribuire alla definizione degli *standard* imprescindibili ad opera dello Stato, ed insieme maggiore l’esigenza (anche di ordine pratico) che tale *standard* sia determinato non frazionisticamente, ma, appunto, calibrato su situazioni complessive. In questa concezione complessiva del “livello essenziale” potrebbe trovarsi un profilo di conciliazione con il concetto di “adeguatezza” (questo, sì, riferibile alle prestazioni).

⁹⁷² Ed, infatti, alcuni accenni in tale direzione si ricavano, ad esempio, dagli scritti di G. ROSSI e A. BENEDETTI, *op. cit.*, 35; M. MAGNANI, *op. cit.*, 651; M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 157. Ma altrettanto parrebbe potersi desumere, ad esempio, dalle sentenze della Corte costituzionale n. 407 e n. 536 del 2002, in tema di tutela dell’ambiente.

⁹⁷³ Al parametro della “sufficienza” (sia pure collegato alla garanzia di una “esistenza libera e dignitosa”) si rapporta, d’altra parte, ex art. 36 Cost., anche il profilo sociale dell’obbligazione retributiva.

⁹⁷⁴ Tale è, infatti, la conclusione che sembra giusto trarre da un dato che risulta ormai acquisito (anche se non pienamente condivisibile: cfr., M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *Riv. giur. lav.* 2000, I, 523): e, cioè, che la previdenza complementare vale ad integrare la garanzia di cui all’art. 38, comma 2, Cost., secondo la logica dei c.d. “due pilastri”. La giurisprudenza costituzionale notoriamente colloca la previdenza complementare all’interno della garanzia dettata dall’art. 38, comma 2, Cost.: con l’implicita conseguenza che il risultato di “adeguatezza” garantito non potrebbe essere conseguito altro che con il concorso della prestazione previdenziale di base e della prestazione complementare suddetta. Ma da ciò dovrebbe anche dedursi che, se l’“adeguatezza” è la risultante della combinazione dei due suddetti “segmenti”, ma uno di essi (quello rappresentato, appunto, dalla forma previdenziale complementare) trascende, per le ragioni già dette, il “livello essenziale”, “essenzialità” e “adeguatezza” non sono sovrapponibili. Si tratta del paradosso della previdenza complementare. Ed, infatti, ai sensi dell’art. 1, d. lgs. n. 124 del 1993, detta forma di tutela sociale risulta essere stata legislativamente regolamentata al fine di consentire agli interessati il raggiungimento di “più elevati livelli di copertura previdenziale” (così, testualmente, la norma). Sicché, a rigore, volendosi strettamente attenere al dato letterale, dovrebbe dedursi che questa è l’unica materia oggetto di competenza legislativa concorrente a sfuggire, di fatto, al vincolo di cui all’art. 117, comma 2, lettera m), Cost., in quanto già aprioristicamente definita dal legislatore come misura finalizzata ad un “livello aggiuntivo” di prestazione: e, dunque, per definizione, trascendente quello “essenziale” di cui alla disposizione costituzionale in riferimento.

Naturalmente, le materie della previdenza e dell'assistenza sociale non esauriscono le *“prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”*, cui si riferisce la disposizione in esame; ma è chiaro che, seguendo il suddetto percorso interpretativo, il significato da dare all'“essenzialità” dei livelli di quelle prestazioni non potrebbe che essere uno, di modo che, fissato per una materia (nella specie, l'assistenza sociale), mal se ne giustificerebbe uno diverso per le altre.

Appare praticabile, tuttavia, anche un percorso interpretativo diverso⁹⁷⁵, ove si ponga l'accento, da un lato, sul fatto che la clausola in esame propriamente fa sistema con le norme costituzionali di allocazione e riparto di competenze tra Stato e regioni, e non già ad interferire con principi già consolidati (come, d'altra parte, la sua stessa collocazione rende manifesto), e, da un altro lato, sul fatto che la garanzia da detta clausola configurata riguarda, sì, *“i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”*, ma in quanto gli stessi *“devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*, come quella stessa disposizione subito precisa.

Tanto l'uno che l'altro connotato, a ben considerare, appaiono suggerire che la finalità della disposizione non può essere quella di incidere sui “livelli” di tutela costituzionalmente imposta: quali, cioè, già “cristallizzati”. È, infatti, al concorso delle fonti legislative, statale e regionale, che, oggi, dopo la riforma, è concretamente affidata la realizzazione di quella tutela. Sicché la finalità risulta piuttosto essere quella di garantire (dato per scontato quel concorso) l'uniformità della tutela di interessi particolarmente sensibili, quali, eminentemente, sono quelli che si incarnano nei *“diritti civili e sociali”*.

D'altra parte, l'espresso riferimento di detta garanzia a *“tutto il territorio nazionale”*, proprio perché non può essere considerata una pleonastica ripetizione (i *“diritti civili e sociali”* riguardano tutti i cittadini e, quindi, inevitabilmente, tutto il territorio nazionale), va riconosciuto come espressione di una specifica volontà del legislatore costituzionale: quella di attribuire al legislatore ordinario statale il potere di definire le prestazioni in questione in base a considerazioni di discrezionalità politica⁹⁷⁶, quando a ciò inducano esigenze di “uniformità”, come tali da far valere, appunto, *“su tutto il territorio nazionale”*⁹⁷⁷.

In tal senso appare possibile un “recupero” delle indicazioni e del contributo provenienti dalla preesistente legislazione ordinaria. Come è noto, infatti, detta legislazione ormai da tempo fa espresso impiego di detta nozione⁹⁷⁸, con formulazioni che, indubbiamente, non risultano sempre

⁹⁷⁵ Cfr. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali*, cit., 345; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali e i provvedimenti per la loro determinazione*, ivi, 1182.

⁹⁷⁶ Conviene su detta discrezionalità, A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.* 2002, 2012.

⁹⁷⁷ Significativo è lo stretto collegamento, sottolineato da Corte cost. 19 luglio 2004 n. 236, cit., tra quanto forma oggetto della competenza legislativa di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) e quella, “sostitutiva”, di cui all'art. 120 comma 2, entrambe poste a presidio di fondamentali esigenze di unità e coerenza dell'ordinamento.

⁹⁷⁸ In particolare, già l'art. 53, legge n. 833 del 1978, costitutiva del Servizio sanitario nazionale, faceva riferimento a “livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini”. Ai sensi del d.lgs. n. 112 del 1998, poi, spetta allo Stato “la determinazione degli standard dei servizi sociali da ritenersi essenziali in funzione di adeguati livelli delle condizioni di vita”. La legge n. 133 del 1999 sul federalismo fiscale contiene la previsione di meccanismi perequativi che consentano a tutte le regioni a statuto ordinario di “erogare i servizi di loro competenza a livelli essenziali ed uniformi su tutto il territorio nazionale, tenuto conto delle capacità fiscali insufficienti a far conseguire tali condizioni e delle esigenze di superare gli squilibri socio economici territoriali”. Ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 229 del 1999, il Servizio sanitario nazionale assicura “i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti nel piano sanitario nazionale, nel rispetto del principio della dignità della persona umana, del bisogno di salute e dell'equità nell'accesso

collimanti con quella da ultimo adottata dal legislatore costituzionale, ma che, tuttavia, devono riconoscersi congrue rispetto alle esigenze dello specifico settore al quale ciascuna di esse, di volta in volta, propriamente si riferisce.

In altri termini, ferme la garanzia dei “livelli” considerati dall’art. 38 Cost.⁹⁷⁹ e la sua “reazione” sui concreti interventi di legislazione ordinaria (quindi, tanto statale che regionale), appare plausibile ipotizzare che la determinazione in concreto dei “livelli essenziali” resti affidata alla discrezionalità del legislatore statale, quando la richiedono esigenze di uniformità di trattamento di carattere assolutamente generale, e che in proposito il sindacato di costituzionalità possa svolgersi unicamente in base al parametro di cui all’art. 3 Cost., sotto i profili della congruenza con l’esigenza di uniformità stessa ed, eventualmente, della “razionalità” di quest’ultima⁹⁸⁰.

Ciò osservato, sembra però giusto attendersi che debbano finire per risultare determinanti al proposito gli “umori” dei quali saprà farsi interprete la giurisprudenza costituzionale.

Soprattutto in un’ottica di auspicabile, genuino federalismo cooperativo, spinte “al rialzo” nell’interpretazione dell’“essenzialità” – cioè, dei livelli garantiti dallo Stato – non dovrebbero incontrare particolari ragioni di generalizzabile resistenza.

Per il momento, peraltro, il contributo offerto dalla giurisprudenza costituzionale, nelle prime occasioni di intervento sul tema⁹⁸¹ – pur incisivo, nel ribadire la forte incidenza dello specifico

all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell’economicità di impiego delle risorse”. La legge quadro n. 328 del 2000, sui servizi assistenziali integrati, attribuisce allo Stato il compito della “individuazione dei livelli essenziali e uniformi delle prestazioni”. La legge n. 405 del 2001 ha previsto che i livelli essenziali di assistenza (lea) per la materia della sanità siano fissati da decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri a seguito di accordo raggiunto tra Stato e Regioni. Da ultimo, la legge n. 53 del 2003 ha conferito al Governo la delega per la definizione dei “livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e di istruzione e formazione professionale”. Tra le prime sentenze nelle quali può essere rinvenuto un contributo di analisi della specifica questione, quella del Consiglio di Stato, Sez. III, 10 luglio 2002, n. 6252, nell’occuparsi dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, ha dichiarato che nell’organizzazione dei relativi strumenti di tutela, “si rinvenivano perlomeno due piani logico-giuridici [...], l’uno dedicato all’indicazione del tipo, della natura e delle quantità finanziariamente tollerabili di prestazioni minime garantite ovunque nel territorio della Repubblica, l’altro rivolto ad attuare i metodi e ad identificare i soggetti abilitati per l’implementazione delle prestazioni così definite. Per semplificare, si può ragionevolmente concludere che la tutela costituzionale della salute si attua mediante l’identificazione dapprima dell’an e del quid più appropriato della prestazione sanitaria per tutti gli assistiti del servizio sanitario nazionale e, in un secondo momento, del quando e del quomodo in ciascuna realtà territoriale. Appunto in ciò consiste la suddivisione dei compiti legislativi (ed amministrativi) tra lo Stato e le Regioni [...], nel senso che è attribuita al primo quella competenza che garantisce il valore della solidarietà e dell’uguaglianza generali con l’indicazione dei livelli minimi di prestazione sociale, e alle altre la competenza concorrente sull’organizzazione dei servizi, sulla scorta dei principi fondamentali all’uopo fissati dalla legislazione statale”.

⁹⁷⁹ Permane naturalmente la difficoltà di concreta determinazione di detti livelli: per alcuni spunti, rinvio a M. CINELLI, *I livelli di garanzia del sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 53.

⁹⁸⁰ Sia pure in riferimento all’istruzione, A. POGGI, *Il problema della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni: il settore dell’istruzione* (testo dattiloscritto della relazione alle Giornate di studio LUISS del 3 giugno 2003, su “Le garanzie di affidabilità dei diritti nei sistemi policentrici”), afferma che, pur non potendosi sostenere che solo lo Stato sia garante dei diritti civili e sociali, “solo allo Stato compete fissare per tutto il territorio nazionale le condizioni in presenza delle quali si possono assumere come assicurati i livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali” (ivi, p. 18). Conformi indicazioni appaiono ricavarsi anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale: oltre Corte cost. 19 luglio 2004 n. 236, cit., cfr. Corte cost. 27 luglio 2004 n. 272 in *Gazz. uff.*, 1ª serie spec., n. 30 del 4 agosto 2004, la quale (sia pure in riferimento alla nuova disciplina della gestione dei servizi pubblici locali in rapporto alla tutela della concorrenza) ribadisce (espressamente richiamandosi al precedente della sentenza n. 14 dello stesso anno) che il sindacato di costituzionalità può avere ad oggetto non già la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia, bensì soltanto il fatto che quegli interventi “siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”.

⁹⁸¹ Corte cost. n. 282 del 2000, nn. 338 e 359 del 2003, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 420; nn. 4 e 6 del 2004.

compito del legislatore statale nell'esercizio delle funzioni nelle materie consegnate alle competenze legislative ed amministrativa delle regioni e delle province autonome – appare improntata a grande cautela per quanto riguarda i “livelli”, cioè i contenuti materiali della garanzia⁹⁸².

Ma sembra inevitabile attendersi che, anche l'articolazione per materie o settori finirà per rappresentare un aspetto problematico, sul quale detta giurisprudenza sarà assai presto chiamata a cimentarsi⁹⁸³.

Se è vero, infatti, che, come ha affermato la Corte costituzionale, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali non è una “materia”, ma una “competenza trasversale” non potrà non prendersi atto anche del fatto che, perché possa essere raggiunto il risultato previsto, non necessariamente deve restarne coinvolta ciascuna singola materia oggetto di competenza regionale concorrente o residuale⁹⁸⁴.

Emblematica, a tal proposito, può risultare, ancora una volta la materia della previdenza complementare, rispetto alla quale l'“adeguatezza” della protezione sociale, quale costituzionalmente imposta, va apprezzata non partitamente, ma unitariamente: quale risultante, cioè; dal concorso con la previdenza di base, secondo la tecnica dei c.d. due pilastri⁹⁸⁵.

In altri termini, e per tornare ai “livelli essenziali”, dovendosi riconoscere che il “risultato” sotteso alla competenza “uniformatrice” attribuita al legislatore statale dall'art. 117, comma 2, lett. m è affidato all'integrazione dei vari interventi riferibili alle singole materie, sembra giusto prendere atto (anche se sarà arduo tradurre in pratica) che, a risultare rilevante, non può essere tanto la definizione delle materie e degli ambiti relativi, quanto l'individuazione-definizione degli oggetti destinatari della (complessiva) tutela: cioè, del diritto sociale o civile da garantire uniformemente su tutto il territorio nazionale, del quale concretamente si faccia di volta in volta questione⁹⁸⁶.

11. Alcune considerazioni conclusive

Volendo, a questo punto, trarre qualche valutazione conclusiva, sembra di poter affermare, innanzitutto, che, nonostante l'espressa considerazione che ne fa il testo riformato nel 2001, il

⁹⁸² In particolare, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in tema di procedimento di identificazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria (sentenza n. 388 del 2003) – dopo aver affermato che “l'inserimento nel secondo comma dell'art. 117 del nuovo titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto” –, come linea di indirizzo, ha espresso l'avviso che le relative “scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori”. Per un commento della sentenza, cfr. E. BALBONI, *op. cit.*

⁹⁸³ Sull'imbarazzo definitorio che mostra la giurisprudenza costituzionale, si sofferma. M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, 355.

⁹⁸⁴ Si confronti, ancora una volta, l'art. 120, comma 2.

⁹⁸⁵ Sicché, anche se può apparire singolare, la regolamentazione da parte della fonte regionale della materia della previdenza complementare resta soggetta soltanto alla fissazione da parte della legge statale dei “*principi fondamentali*” (ex art. 117, comma 3) ma non soggiace anche alle determinazioni da parte di quest'ultima dei “*livelli essenziali delle prestazioni*”.

⁹⁸⁶ Sul punto, cfr. E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritto di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsistemi»*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 981, nonché ID, *Diritti di cittadinanza*, cit., 326 ss.

principio di sussidiarietà appare destinato a giocare un ruolo tutto sommato relativo: sicuramente, per ciò che concerne il suo profilo “orizzontale”, ma, a ben considerare, con sensibili limiti (anche concettuali) anche nel suo profilo “verticale”.

Più incisivo, a tal proposito, appare il *trend* che caratterizza da tempo la legislazione ordinaria, sempre più indirizzata (come già ricordato) a “combinare” prestazioni e servizi, “ristoro” e “prevenzione”, e, soprattutto, “privato” e “pubblico”. Una legislazione ordinaria che, da questo punto di vista, ha di fatto già messo in ombra, anticipandolo, quanto di maggiormente innovativo poteva ritenersi incluso nella “novella” del 2001. Ma, per altro verso, anche una legislazione ordinaria che, paradossalmente, risulta assai “tiepida” nei confronti delle ripartizioni di competenze, quale configurata dalla riforma costituzionale, come può ricavarsi dalle più recenti leggi di riforma, prima tra tutte quella pensionistica⁹⁸⁷.

Il “federalismo” che la riforma sanziona, in sostanza, appare destinato a svolgere il suo ruolo più incisivo soprattutto per ciò che riguarda gli aspetti strumentali del *welfare*: cioè i profili organizzativi, dove le maggiori criticità – e, dunque, le più forti istanze di innovazione – dipendono dal grado di costosità, di efficienza, di onerosità burocratica che caratterizzano e distinguono le alternative possibili.

Ma anche a tal proposito, il contesto appare ancora alquanto confuso. E, d'altra parte, non va sottovalutato come il trasferimento di competenze legislative e amministrative, rispettivamente, alle regioni e ai comuni possa accrescere il rischio di diseguaglianze: anche se, come si è avuto modo di considerare, non mancano nello stesso testo costituzionale i necessari presidi.

Comunque, un'efficace prevenzione rispetto al suddetto rischio può essere costituita proprio da un nuovo, genuino modello cooperativo di governo del settore, che sostenga anche una fattiva partecipazione del “privato”⁹⁸⁸, prendendo spunto dagli schemi occasionalmente praticati dal legislatore ordinario, appare essere questa, dunque, la direzione nella quale impegnarsi affinché l'auspicio non resti tale.

⁹⁸⁷ Per un primo commento, v. M. CINELLI e P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma previdenziale del 2004*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2000, 500.

⁹⁸⁸ Sul ruolo strategico del terzo settore, oltre F. CAFAGGI, *op. cit.*, cfr., da ultimo, M. LAMBERTI, *Il terzo settore nella riforma del welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, 43.

Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di *favor* e di *non regresso* nelle direttive sociali*

Umberto Carabelli- Vito Leccese

1. - Per clausole di non regresso si intendono quelle clausole, che hanno fatto comparsa nelle direttive sociali fin dalla fine degli anni '80, le quali, quantunque con formulazioni differenziate, stabiliscono, in linea generale, che l'attuazione della specifica direttiva non deve costituire giustificazione, motivo, ragione (sono queste le varie parole utilizzate volta a volta dal legislatore comunitario), per un peggioramento dei trattamenti in materia già in atto nei vari Stati Membri.

Esse pongono all'interprete un delicato problema di rapporti ordinamentali, in quanto – sempre in linea di principio, dato che la concreta formulazione letterale delle stesse potrebbe rivelarsi determinante al fine di definirne l'effettiva portata – sono, o almeno sembrano, suscettibili di far derivare, in capo al singolo Stato, un vincolo *diverso* rispetto a quello della mera trasposizione della disciplina sostanziale derivante dalla direttiva, e dunque del semplice 'adattamento' dell'ordinamento interno a quello comunitario, di cui all'art. 249, co. 3 (nonché 94 e 95), Trattato CE⁹⁸⁹. Tale vincolo, che pure deriverebbe da una norma interna alla medesima direttiva, atterrebbe allo stesso potere/dovere di normazione statutale in sé considerato, posto che esso sembrerebbe *imporre* agli Stati Membri di conservare i trattamenti nazionali di miglior favore in vigore al momento dell'attuazione della direttiva medesima, nella materia⁹⁹⁰ incisa da essa; un vincolo, tra l'altro, che parrebbe proiettato anche nel futuro, e non attenere soltanto al momento traspositivo⁹⁹¹.

Prima di passare a riflettere più analiticamente sul contenuto precettivo delle clausole di non regresso, va detto che esse hanno un'origine che potremmo definire assai '*autorevole*', posto che una prima formulazione di questo tipo di clausola può essere rinvenuta nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, il cui ultimo *Considerando* introduttivo affermava, ed afferma tuttora, che «la proclamazione solenne dei diritti sociali fondamentali a livello della Comunità europea non può giustificare, in sede di attuazione, un regresso rispetto alla situazione attualmente esistente in ciascuno Stato membro». Una affermazione, questa, che si presentava priva di immediata vincolatività, non soltanto per il fatto di essere contenuta solo in un *Considerando* della Carta, ma anche per la natura giuridica non direttamente vincolante della

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 35/2005

⁹⁸⁹ Cfr. MOIZARD, 2003, p. 9, il quale rileva come, nel caso di una normativa nazionale attuativa di una regressione, «nous serions dans un cas de figure original où le droit national est conforme aux dispositions matérielles de la directive, mais ne respecte pas les obligations relatives à la mise en oeuvre de celle-ci».

⁹⁹⁰ Per il momento si utilizzerà questo termine, ma è bene avvertire il lettore che parlare genericamente di 'materia' potrebbe talora risultare improprio: v. *infra*, par. 10.1.

⁹⁹¹ Ma anche su questo aspetto ci si soffermerà più avanti, nei parr. 8.1-8.2.

stessa (pur se va ricordato che è ormai ben diffusa la convinzione che il richiamo della Carta del 1989 da parte dell'art. 136 del Trattato di Roma, dopo le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam del 1997, abbia in qualche misura conferito ad essa una maggiore valenza giuridica)⁹⁹².

Successivamente, una clausola di analogo tenore («la presente direttiva non può giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione già raggiunti in ciascuno Stato membro, poiché gli Stati membri, in virtù del Trattato, stanno cercando di promuovere il miglioramento delle condizioni esistenti in questo settore e si sono prefissi l'obiettivo dell'armonizzazione di dette condizioni nel progresso») è stata introdotta nella direttiva n. 89/391 del 12 giugno 1989 (concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro), anche se essa è stata collocata non nell'ambito del testo normativo, bensì tra i *Considerando* introduttivi della medesima. Essa assumeva così, ancora una volta, la veste di norma 'debole', dotata di una precettività estremamente ridotta nei confronti dei singoli ordinamenti⁹⁹³; pur se non va trascurata l'accurata precisazione della funzione assegnata al principio di non regressione, e cioè di soddisfare l'intento degli Stati membri - sancito, appunto, nel Trattato - di promuovere il miglioramento delle esistenti condizioni in tema di salute e sicurezza del lavoro, tramite una 'armonizzazione nel progresso'.

Indubbiamente le due clausole emergenti dai testi appena citati si manifestavano comunque, all'epoca, come delle norme 'di carattere', lasciando trasparire l'emergente consapevolezza dei Paesi membri circa la *specialità* della normativa in materia di tutela sociale che la Comunità – dopo l'originaria 'frigidità'⁹⁹⁴ – aveva cominciato a definire fin dalla metà degli anni '70. Esse rivelavano, infatti, come, in materia sociale, agli stessi Stati membri cominciasse ad apparire iniquo privilegiare l'uniformità delle regole rispetto alla intensità delle tutele; il che, invece, risultava normale in materia di regolamentazione del mercato comune, rispetto alla quale era convinzione generale che ogni vincolo nazionale alla libertà di stabilimento e di servizi, o di circolazione delle merci, nonché degli stessi lavoratori, o comunque alla libera concorrenza degli operatori economici (la quale, in un'accezione ampia, è in grado di raccogliere anche l'essenza di maggior rilievo

⁹⁹² Sui diversi aspetti, cfr. già LA MACCHIA, 1990, p. 785 s.; ARRIGO, 1998, pp. 135 ss., 146 s. e 216; FOGLIA, 1999, p. 6 ss. e 22 s.; POCAR, VIARENGO, 2001, p. 281. Da ultimi, anche per ulteriori rinvii, GIUBBONI, 2003, p. 135 s. e 2004a, p. 14; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 25 ss., nonché SCIARRA, 2004a, p. 296 ss., la quale ipotizza l'esaurimento della funzione svolta dalla Carta del 1989 per effetto del processo di costituzionalizzazione in atto. V. altresì, per una specifica applicazione del principio di non regresso di cui alla Carta stessa da parte di un Tribunale francese, la ricostruzione critica di MOIZARD, 2000.

⁹⁹³ Come noto, infatti, i Preamboli degli atti comunitari di diritto derivato (ivi compresi i *Considerando* delle direttive) hanno la funzione di esplicitare la *motivazione* degli atti stessi (v. l'obbligo previsto dall'art. 253, già art. 190, del Trattato), la quale consente, da un lato, agli Stati membri e ai singoli interessati di conoscere le modalità attraverso cui, di volta in volta, il Trattato è stato oggetto di attuazione e, dall'altro, alla Corte di giustizia di esercitare il proprio controllo di legittimità su quegli atti (v., per tutti, TESAURO, 2003, p. 146 ss.; BALLARINO, 2001, p. 124 s.; POCAR, 2001, p. 253 s.). Cfr. anche Corte giust. com. eur. 10 luglio 1990 (259, 334 e 335/1987, *Repubblica ellenica c. Commissione*), che, secondo un autore, avrebbero sancito il «carattere precettivo dei *Considerando*, anche di quelli non riprodotti nel successivo articolato» della direttiva (ANDREONI, 2002, p. 83, nt. 44). Sennonché, non pare si possa condividere questa lettura, non tanto perché le sentenze si riferiscono ai *Considerando* di una decisione e non di una direttiva, quanto perché in esse si afferma che tali *Considerando* «costituiscono parte integrante della decisione e possono quindi contribuire a specificarne l'oggetto e la portata»; in tal modo, come si vede, ne viene, appunto, confermato il valore meramente interpretativo (v. espressamente, in generale, GAJA, 1991, p. 439) - di cui, d'altronde, chi scrive farà tesoro nel prosieguo - e non autonomamente precettivo.

⁹⁹⁴ Cfr., per tutti, MANCINI, 1989.

delle predette libertà sul piano dell'esercizio dell'iniziativa economica) fosse incompatibile con le finalità della stessa Comunità.

2. - Per il vero, a questo riguardo, è importante ricordare come, prima della comparsa delle clausole di non regresso, l'ipotesi che il singolo Stato membro potesse avere già emanato all'atto della approvazione di una direttiva sociale – o potesse voler approvare in epoca successiva – una disciplina di miglior favore per i lavoratori nella materia da essa regolata, fosse già normativamente contemplata a livello comunitario.

Già a partire dalla metà degli anni '70, infatti, in molte delle direttive sociali avevano cominciato a fare capolino clausole che prevedevano la possibilità, per i singoli Stati Membri di applicare o introdurre trattamenti di miglior favore per il lavoratore rispetto a quelli previsti dalle medesime direttive⁹⁹⁵.

Siffatte clausole – che, per chiarezza espositiva, potremmo chiamare clausole di *favor* (più avanti sarà evidente la ragione di questa opzione), per contrapporle a quelle di non regresso, apparse successivamente – sono state riprodotte, con formulazione più o meno analoga, in moltissime delle direttive in materia sociale degli anni '80, '90, e in quelle di quest'ultimo decennio⁹⁹⁶, spesso anche in affiancamento alle clausole di non regressione di cui qui si discute⁹⁹⁷. Sempre le clausole di *favor* sono state talora riprese *anche* nell'ambito dei *Considerando* introduttivi⁹⁹⁸, mentre, in altre circostanze, le clausole dei due tipi risultano presenti *solo* nei *Considerando*⁹⁹⁹. Infine, è bene sin d'ora precisare, per completezza, che in alcune direttive – come risulterà anche dalla trattazione che segue – la clausola di *favor* non compare affatto, mentre è presente la clausola di non regresso o solo nel testo¹⁰⁰⁰, ovvero sia nel testo sia in un *Considerando*¹⁰⁰¹. Inoltre, in una direttiva, se nei *Considerando* si fa riferimento solo al principio di non regresso, nell'articolo si rinviengono invece clausole di entrambi i tipi¹⁰⁰². Ed ancora, in altri casi il legislatore comunitario, nel modificare precedenti direttive, ha anche provveduto ad inserirvi clausole del primo e/o del

⁹⁹⁵ V. art. 8, par. 1, dir. n. 75/34; art. 7, dir. n. 77/187.

⁹⁹⁶ V. art. 9, dir. 80/987; art. 7, dir. n. 80/1107; art. 17, dir. 82/501; art. 1, par. 3, dir. 82/605; art. 1, par. 3, dir. 89/391; art. 9, dir. 91/383; art. 7, dir. 91/533; art. 15, dir. 93/104; clausola 4, punto 1, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34; art. 4, dir. n. 97/80; clausola 6, punto 1, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 97/81; art. 5, dir. n. 98/59; art. 2, par. 1, dir. n. 99/63; clausola 8, punto 1, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 99/70; art. 6, par. 1, dir. 2000/43; art. 8, par. 1, dir. 2000/78; art. 2, par. 1, dir. 2000/79; art. 8, dir. n. 2001/23; art. 10, primo periodo, dir. n. 2002/15; art. 15, dir. n. 2003/88, di 'codificazione' della dir. n. 93/104; cfr. anche art. 9, par. 3, dir. n. 2002/14.

⁹⁹⁷ V. art. 18, par. 3, dir. 93/104; clausola 4, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34; art. 6, dir. n. 97/80; clausola 6, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 97/81; art. 2, par. 2, dir. n. 99/63; clausola 8, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 99/70; art. 6, par. 2, dir. 2000/43; art. 8, par. 2, dir. 2000/78; art. 2, par. 2, dir. 2000/79; art. 9, par. 4, dir. n. 2002/14; art. 10, secondo periodo, dir. n. 2002/15; art. 23, dir. n. 2003/88.

⁹⁹⁸ V. dirr. n. 97/81, 2000/43, 2000/78, 2000/79, 2002/14.

⁹⁹⁹ V. dirr. n. 2002/44, 2003/10 e 2004/40.

¹⁰⁰⁰ Art. 16, dir. n. 94/33; art. 2, par. 3, dir. n. 2000/34.

¹⁰⁰¹ Dir. n. 92/85.

¹⁰⁰² Dir. n. 96/34.

secondo tipo¹⁰⁰³.

Ciò premesso, va rilevato che le clausole di *favor* – che trovano, a loro volta un importante precedente nell'art. 32 della Carta sociale europea del 18 ottobre 1961¹⁰⁰⁴ – avevano (ed hanno tuttora) una portata diversa da quelle di non regresso, o più precisamente una valenza, per quanto significativa, di minor rilievo rispetto ai comportamenti attuativi del singolo Stato. Esse, infatti, a ben vedere, pur condividendo – come si vedrà meglio tra breve – le medesime finalità delle clausole di non regressione (e cioè di promuovere la parificazione delle condizioni di vita e di lavoro nel progresso, secondo l'obiettivo che fin dall'origine il Trattato di Roma aveva posto a fondamento della Comunità: cfr. originario art. 117, co. 1°), si limitavano a riconoscere agli Stati membri la *facoltà* di conservare o di introdurre eventuali trattamenti migliorativi per il lavoratore, esplicitando in tal senso un principio di *favor* nei confronti della parte più debole del contratto di lavoro. Un principio questo non estraneo, d'altronde, alla normativa internazionale in materia di lavoro¹⁰⁰⁵.

Quel che più interessa segnalare, comunque, è che nel corso degli anni l'ambito di riferimento di tale principio ha assunto una dimensione più ampia, una valenza più generale. Già con l'Atto Unico Europeo (AUE) del 1986, infatti, nel Trattato veniva introdotto l'art. 118 A, il quale, dopo aver stabilito

- che gli Stati membri «si adoperano per promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori e si fissano come obiettivo l'armonizzazione, in una prospettiva di progresso, delle condizioni esistenti in questo settore» (par. 1);

- che per contribuire alla realizzazione di tale obiettivo il Consiglio «adotta mediante direttive le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro» (par. 2, co. 1°);

- che tali direttive «eviteranno di imporre vincoli amministrativi finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese» (par. 2, co. 2°),

giungeva infine a sancire

- che «le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che ciascuno Stato membro mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro» (par. 3).

La specificità della (allora) nuova disposizione del Trattato, nella prospettiva della tematica qui affrontata, non va sottaciuta. Se, da un lato, essa introduceva la regola secondo cui l'intervento comunitario in tale materia doveva avvenire tramite direttive contenenti *prescrizioni minime*, al fine di tener conto delle esigenze ed equilibri economici e sociali interni dei vari Stati, dall'altro lato essa codificava a livello di norma fondamentale del Trattato in materia di salute e sicurezza del lavoro quel principio di *favor* nei confronti delle normative nazionali migliorative, prima

¹⁰⁰³ Entrambe le clausole, ad esempio, sono state inserite nella dir. n. 76/207, da parte della dir. n. 2002/73; quella di non regresso è stata inserita, ad opera della dir. n. 2002/74, nella dir. n. 80/987, che, come detto, già conteneva la clausola di *favor*.

¹⁰⁰⁴ «Le disposizioni della presente Carta non devono ledere le disposizioni del diritto interno e dei trattati, delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali che sono o entreranno in vigore e che fossero più favorevoli alle persone protette».

¹⁰⁰⁵ V., anche per i necessari riferimenti, GAROFALO L., 2004, p. 41 s.

affermato in modo occasionale in singole direttive, ponendo peraltro la condizione che le misure di maggiore protezione fossero *compatibili* con il Trattato medesimo.

Non ci si può nascondere come queste varianti rispetto al tenore delle clausole contenute nelle precedenti direttive sociali proiettassero una nuova luce sul predetto principio di favore.

Anzitutto, nell'art. 118 A, gli interventi comunitari in materia di salute e sicurezza del lavoro venivano prospetticamente fondati su direttive contenenti, appunto, «prescrizioni minime», onde riceveva ulteriore fondamento giustificativo il predetto principio del *favor*, a fronte della maggiore possibilità che nei singoli Stati membri fossero già presenti discipline più vantaggiose per i lavoratori nella materia regolata da una direttiva. Si potrebbe, anzi, addirittura rinvenire una vera e propria consequenzialità tra i due profili¹⁰⁰⁶, come del resto affermato dalla Corte di giustizia: secondo il giudice comunitario, infatti, il predetto riferimento all'adozione di «prescrizioni minime» non poteva essere letto come limite alla «intensità dell'azione» che la Comunità «può ritenere necessaria per [...] promuovere il miglioramento - in una prospettiva di progresso - delle condizioni relative alla sicurezza e alla salute dei lavoratori», ma, al contrario, era utilizzato nel Trattato, come confermato dal par. 3 dell'art. 118 A, al solo fine di consentire agli Stati membri di «adottare norme più rigorose». L'art. 118 A, insomma, non intendeva limitare «l'intervento comunitario al minimo denominatore comune, ovvero al più basso livello di tutela fissato dai diversi Stati membri», bensì proprio consentire livelli nazionali di tutela maggiori rispetto a quelli sanciti nelle direttive¹⁰⁰⁷.

Al tempo stesso, peraltro, il principio di *favor* non veniva *sic et simpliciter* 'riprodotto' nella disposizione in questione, bensì veniva temperato dal vincolo secondo cui le misure di maggiore protezione delle condizioni di lavoro dovevano risultare «compatibili con il presente Trattato».

Su questo aspetto occorre soffermarsi con attenzione, anche perché, è bene sottolinearlo immediatamente, quella che era stata concepita dall'Atto Unico come regola specificamente dedicata alla materia della salute e sicurezza del lavoro, era stata poi ripresa nell'art. 2, par. 5, dell'Accordo sulla politica sociale (APS) – notoriamente raggiunto da soli 11 Stati membri in occasione della sottoscrizione del Trattato di Maastricht¹⁰⁰⁸ – che l'aveva riferita, questa volta, a tutti i campi costituenti oggetto di intervento in materia di politica sociale. La stessa regola è stata poi trasferita, con qualche differenza terminologica, nel testo del Trattato istitutivo per effetto delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, così acquisendo efficacia nei confronti di tutti gli Stati

¹⁰⁰⁶ V. anche GAROFALO L., 2004, p. 46.

¹⁰⁰⁷ Corte giust. com. eur. 12 novembre 1996 (C-84/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5755 ss., nonché in numerose riviste, tra cui *Not. giur. lav.*, 1996, p. 813 e *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 50), spec. punti 17, 42 e 56 della motivazione. Ma v. già Corte giust. com. eur., parere del 19 marzo 1993 (2/91), in *Foro it.*, 1994, IV, c. 4 ss., spec. punti 16 e 18, nonché, successivamente, Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1998 (C-2/97, *Società italiana petroli spa (IP) c. Borsana srl*), punto 35.

La connessione tra i due profili sembra alla fine essere stata ben esplicitata dal legislatore comunitario nel Considerando n. 5 della dir. n. 2004/40 (invero successiva al Trattato di Amsterdam ed alla 'sublimazione' della clausola *de qua* nell'art. 137, par. 5, ora par. 4, secondo trattino: v. *infra*), ove si afferma che «la presente direttiva stabilisce requisiti minimi e lascia *quindi* agli Stati membri la facoltà di mantenere o di adottare disposizioni più favorevoli per la protezione dei lavoratori, in particolare fissando valori inferiori per i valori di azione o per i valori limite di esposizione ai campi elettromagnetici», dove l'uso della parola *quindi* vale a confermare quanto detto in testo.

¹⁰⁰⁸ Sul cosiddetto sistema del *doppio binario* (o della politica sociale a *due vie*), vigente a partire dal Trattato di Maastricht e fino al Trattato di Amsterdam, v. - per tutti - ARRIGO, 1998, p. 138 ss.

membri (cfr. art. 137, par. 5; art. 137, par. 4, secondo trattino, dopo le ulteriori variazioni successive al Trattato di Nizza)¹⁰⁰⁹. Si ricordi, comunque, quanto accennato più sopra, e cioè che clausole che *ribadiscono* il principio del *favor* sono ancora rinvenibili anche nelle direttive più recenti; il che, per il vero, non aggiunge né toglie alcunché al ragionamento che segue, dato che tali clausole, per quanto di formulazione non sempre perfettamente corrispondente a quella dell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), devono evidentemente essere lette in piena coerenza con quest'ultima. Ciò riguarda in particolare il fatto che nelle clausole predette è assente il riferimento alla 'compatibilità' con il Trattato; principio che - una volta che di esso si sia data l'interpretazione più coerente con il diritto comunitario, su cui ci si soffermerà tra breve - deve (ormai) ritenersi sempre operante anche in assenza di specifico richiamo nella singola direttiva.

3. A fronte della formulazione relativamente generica della norma, si è dedotto da un autore che la *facoltà* riconosciuta agli Stati membri di *mantenere* o *stabilire* misure di maggiore protezione rispetto alle ormai numerose materie sociali di competenza comunitaria per le quali intervenga una disciplina comunitaria, «non [è] incondizionata, bensì, ed al contrario, subordinata alla compatibilità del *favor* con il Trattato stesso». Con ciò, tale dottrina ha inteso segnalare la funzione limitativa svolta, da un lato, dai vari obiettivi tipicamente economici enunciati nell'art. 2 (e cioè quelli di «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche», di un «elevato grado di convergenza dei risultati economici», di una «crescita sostenibile e non inflazionistica» e così via) e, dall'altro lato, dallo stesso obiettivo della promozione dell'occupazione di cui allo stesso art. 2 ed all'art. 136 (il quale, sempre secondo questa dottrina, non sarebbe «incondizionatamente compatibile con "il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la parificazione nel progresso", sembrando difficile negare l'implicazione bidirezionale sussistente fra propensione all'incremento occupazionale e grado di protezione inderogabile del lavoro subordinato, per le rigidità ed i costi crescenti che quest'ultimo comporta per le imprese, man mano che il livello anelastico di tutela si innalza»)¹⁰¹⁰.

A questo riguardo occorre, tuttavia, evidenziare in via preliminare che la formula della 'compatibilità' non può essere certamente intesa, *sic et simpliciter*, nel senso della necessaria totale *subordinazione* degli interventi nazionali più protettivi agli obiettivi di politica economica ed occupazionale enunciati nelle predette disposizioni.

È da sottolineare infatti (ma sul punto si tornerà più ampiamente *infra*) che ormai - soprattutto dopo le modifiche introdotte dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam - l'azione della Comunità, ai sensi dell'art. 2 del Trattato, deve comunque mirare ad assicurare non solo i predetti obiettivi di politica economica, cui sono state sin dall'origine funzionali le libertà economiche fondamentali, ma anche quello di un «elevato livello occupazione e di protezione sociale»; così come ai

¹⁰⁰⁹ Disposizioni con analogo contenuto sono state introdotte all'art. 153, par. 5, in materia di tutela del consumatore e all'art. 176, in materia di ambiente. Merita di essere segnalato che in Francia un autore (MOIZARD, 1999, 916 ss.), in relazione alla clausola in esame contenuta nell'art. 118A, ha sostenuto - riprendendo suggerimenti provenienti dal dibattito dottrinale sviluppatosi in quel paese - che essa fissa «un nouveau principe de protection national renforcée»; in verità chi scrive preferisce, per designare la caratteristica di queste clausole, l'utilizzo della parola *favor*, più familiare alla cultura giuslavoristica italiana.

¹⁰¹⁰ DONDI, 2004, parr. 3 e 4 del dattiloscritto.

sensi dell'art. 136, co. 1, in materia di politica sociale, la Comunità stessa e gli Stati membri hanno come obiettivi tanto «la promozione dell'occupazione» quanto «una protezione sociale adeguata». Inoltre, mentre sul piano della promozione dell'occupazione l'azione comunitaria e degli Stati membri passa genericamente (non attraverso normative di tipo precettivo, bensì) attraverso le 'deboli' politiche di coordinamento di cui al Titolo VIII del Trattato stesso¹⁰¹¹, per quanto riguarda la *protezione sociale* il Trattato (agli artt. 136 e 137), riconosce e garantisce, soprattutto, sia l'intervento positivo regolativo (di tipo tradizionale) della Comunità sia gli interventi di tutela operati direttamente dagli Stati membri¹⁰¹².

Ebbene, al di là del valore programmatico che solitamente si attribuisce a tali previsioni anche in relazione al perseguimento degli specifici obiettivi di protezione sociale, sembra possibile in realtà sostenere che da esse, nonché dal rilievo assegnato dal Trattato all'intervento positivo della Comunità e degli Stati membri in materia di protezione sociale – quale emergente dall'intero Titolo I, Capitolo I - debba ormai farsi derivare un vero e proprio generale e vincolante *principio comunitario di tutela del lavoro*, in grado di collocarsi di fronte alle tradizionali libertà economiche (su cui si sono, invece, preliminarmente fondate le politiche di integrazione e di sviluppo finalizzate al perseguimento degli obiettivi economici della Comunità). Di modo che, a voler essere coerenti fino in fondo, dovrebbe riconoscersi che, ai fini di un giudizio di 'compatibilità' quale quello sopra indicato – una volta che siano state estrapolate e collocate nella loro specifica dimensione le politiche di promozione dell'occupazione – v'è per il resto l'esigenza di una giusta ponderazione tra il principio di tutela del lavoro e le libertà economiche sancite dal Trattato stesso e, prima ancora, di un'equilibrata definizione dei criteri sulla cui base effettuare tale ponderazione.

Ciò premesso, va poi notato che, sempre nell'art. 136, co. 1, la prospettiva secondo cui gli interventi di tutela del lavoro (tanto comunitari che nazionali) devono proporsi come obiettivo «un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», è presa in considerazione, in realtà, come una semplice eventualità, onde, *sotto questo aspetto*, resta pienamente condivisibile quanto a buona ragione sostenuto in relazione alla (intera) disposizione in questione e cioè che essa ha (ed ha conservato anche dopo il Trattato di Amsterdam) un contenuto di tipo puramente *programmatico*¹⁰¹³. Da questa parte della disposizione, insomma, non pare possa trarsi un qualsivoglia 'principio' di necessaria e continua crescita delle tutele; da essa trae forza, invece, la *mera aspettativa* di un virtuoso allineamento verso l'alto delle tutele (anche su questo punto si tornerà più analiticamente nel prosieguo). Un aspetto, questo, di cui deve tenersi adeguato conto nel momento in cui si proceda ad una valutazione di ammissibilità di vincoli comunitari che siano in grado di comprimere il potere regolativo degli ordinamenti nazionali.

Se tutto ciò è vero, qual è dunque il valore che l'interprete deve attribuire al limite della 'compatibilità' di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato, quale parametro su cui misurare – a fronte di una direttiva sociale – la legittimità della conservazione di preesistenti

¹⁰¹¹ Sul punto cfr., per tutti, BARNARD, 2000, p. 42 ss., nonché *infra*, par. 5.1, quanto si dirà a proposito del *soft law*.

¹⁰¹² Sul punto v. *infra*, al par. 5.1, quanto si dirà in merito alla conferma di questo quadro anche dopo il Trattato di Nizza.

¹⁰¹³ Tale valenza, confermata dalla stessa Corte di giustizia, non implica che i suddetti obiettivi siano privi di efficacia giuridica, poiché «essi costituiscono in realtà elementi importanti, in particolare, per l'interpretazione di altre disposizioni del Trattato e del diritto comunitario nel campo sociale»: v., tra le altre, con riferimento all'originario testo dell'art. 117 (e, in definitiva, anche dell'art. 2), Corte giust. com. eur. 17 marzo 1993 (C-72/91 e 73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*), spec. punti 25-28, ove ulteriori richiami. Cfr. sul punto anche BARNARD, 2000, 18; DONDI, cit.

(o anche dell'introduzione di nuovi) trattamenti di miglior favore da parte di uno Stato membro? È ricavabile dalla evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia un orientamento corrispondente alla emersione del principio di tutela del lavoro cui si è sopra fatto riferimento?

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi, a questo riguardo, in un caso (*Borsana*) in cui era in questione la clausola di *favor* contenuta nel vecchio art. 118 A del Trattato (diretto precedente dell'art. 137, par. 5), giungendo ad affermare la 'compatibilità' con il Trattato di una disposizione legislativa italiana (l'art. 62 del decreto legislativo n. 626 del 1994, che obbliga il datore di lavoro a ridurre l'esposizione dei lavoratori ad un agente cancerogeno a prescindere dalla valutazione del rischio) migliorativa di quella contenuta in una direttiva sociale (l'art 5 della direttiva n. 90/394 del 28 giugno 1990). Più specificamente, i giudici comunitari, in tale sentenza, hanno precisato:

- che tale disposizione «costituisce una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 118 A, n. 3, del Trattato e dalla direttiva 90/394»;
- che una siffatta disposizione nazionale «si applica in modo non discriminatorio e non ostacola l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»;
- che, «trattandosi di una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro compatibile con il Trattato [...], non spetta alla Corte pronunciarsi sul rispetto, da parte di tale normativa e delle sanzioni che la accompagnano, del principio di proporzionalità»¹⁰¹⁴.

La pronuncia è di particolare interesse, in quanto tratteggia un percorso argomentativo secondo il quale, verificato se effettivamente la singola misura nazionale costituisca, appunto, una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro, si passa poi a valutare la natura discriminatoria o meno delle previsioni incriminate, giungendo infine a considerarne la conformità con le libertà fondamentali del Trattato e ad escludere la necessità di un giudizio di proporzionalità.

Orbene, quanto al primo passo, la verifica ci sembra non possa che essere analoga a quella che si rivelerà essenziale in tema di clausole di non regresso; si rinvia dunque al seguito (par. 10.2), per una più compiuta riflessione sui criteri da seguire in tale valutazione.

Quanto al secondo, in questa sede non si procederà ad una sua specifica trattazione, dato che le questioni che si intendono qui affrontare si fondano sul presupposto che la disciplina di tutela lavoristica in ipotesi rilevante sia indistintamente applicabile a tutte le imprese che operino all'interno dello Stato membro (e di questo si avrà conferma dalla trattazione che segue).

Quanto, infine, al terzo, esso pone, evidentemente, all'interprete il problema di indagare appieno sul significato preciso delle parole della Corte di giustizia; problema che risulta particolarmente complesso, anche perché la sua soluzione richiede un'indagine che varca in parte i confini del diritto del lavoro e che deve fare i conti con l'evoluzione della giurisprudenza della stessa Corte in tema di libertà di circolazione e di concorrenza. Si tratta, d'altronde, di uno degli aspetti di maggiore tensione sia giuridico-istituzionale, sia politica per la Comunità europea, anche nell'ambito del processo di allargamento e di quello di approfondimento dei vincoli 'costituzionali' dell'Unione.

¹⁰¹⁴ Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1998 (C-2/97), cit., punti 37 ss. Sul procedimento interpretativo seguito dalla Corte in questa pronuncia si tornerà più avanti (par. 5.2).

4. - In effetti, non si può trascurare che – a prescindere dalla clausola di *favor* di cui stiamo trattando – non sono mancati casi in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in generale sul delicato rapporto tra (ciascuna del)le fondamentali libertà economiche comunitarie e le finalità di protezione sociale volta a volta perseguite dai singoli Stati membri attraverso proprie discipline nazionali; e, in proposito, essa ha effettivamente ritenuto ammissibile un giudizio di compatibilità di normative interne di tutela del lavoro con le libertà economiche fondamentali del Trattato, così presupponendo, a ben vedere, un'equiparazione della normativa di protezione del lavoro con una qualsivoglia normativa restrittiva di una delle libertà economiche fondamentali.

Nei confronti di una siffatta scelta della Corte di giustizia si è parlato addirittura di assalto alla cittadella del diritto del lavoro, paventandosi il rischio dell'apertura di un 'fronte di lotta' dalle imprevedibili conseguenze, ed anzi giungendosi a riflettere in modo rassegnato sull'ineluttabilità di una tendenza comunitaria verso un «*droit de la concurrence fondée sur la réduction du coût de la main-d'oeuvre*»¹⁰¹⁵.

In verità, chi scrive ritiene che in queste affermazioni vi sia forse un eccessivo 'pessimismo'. Se è vero, infatti, che si è in presenza di un aspetto di importanza determinante in relazione ai futuri destini del diritto sociale sia comunitario che dei vari Paesi membri, è pur vero che una lettura metodica e puntuale delle pronunce della Corte di giustizia, analizzate anche nella loro evoluzione, lascia piuttosto trasparire l'acquisizione, da parte dei giudici comunitari, di una sempre maggiore consapevolezza circa l'inadeguatezza (anche se non l'assoluta impossibilità) di un giudizio di compatibilità nel quale la norma di protezione del lavoro risulti imputata in via presuntiva di una colpa (quella, appunto, di ledere codeste libertà) rispetto alla quale - al fine di evitare il giudizio di incompatibilità - le viene richiesto di dimostrare la propria 'innocenza'. E d'altronde, come si avrà modo di specificare nel corso della trattazione (cfr. par. 4.1), i problemi sollevati dinnanzi alla Corte hanno essenzialmente riguardato non la normativa di tutela del lavoro in sé considerata, bensì il profilo dell'assoggettamento alla disciplina nazionale di tutela di soggetti appartenenti ad altri Stati membri.

A ciò deve aggiungersi che, come accennato e come meglio si vedrà più avanti (par. 4.2), le esigenze di protezione sociale hanno trovato ormai, già dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht, e poi con le innovazioni introdotte da quello di Amsterdam, un'autonoma e definitiva collocazione tra le finalità fondamentali della Comunità europea, al punto da fondare un vero e proprio generale principio comunitario di tutela del lavoro, onde ogni confronto con gli obiettivi economici fondamentali del Trattato e con le correlate libertà deve avvenire ora alla luce di questo nuovo assetto.

Orbene, su tale evoluzione tanto della giurisprudenza della Corte di giustizia, quanto dei contenuti del Trattato CE, è bene soffermarsi brevemente, dato il rilievo che queste riflessioni possono avere, come si vedrà, anche ai fini dell'indagine sulle clausole di *favor* condotta in questa sede.

¹⁰¹⁵ LYON-CAEN G., 1992, p. 319. Per altre colorite espressioni utilizzate dalla dottrina per descrivere questo fenomeno, v. GIUBBONI, 2003, p. 165.

4.1 - In effetti, passando ad esaminare nella loro evoluzione le sentenze della Corte più significative ai nostri fini, occorre senz'altro partire, come d'altronde riconoscono tutti i commentatori che si sono in qualche modo interessati al tema¹⁰¹⁶, dalla notissima sentenza *Dassonville* e dalla successiva *Cassis de Dijon*. Si tratta infatti di pronunce che, pur avendo come loro oggetto di osservazione l'impatto sulle libertà garantite dal Trattato (in particolare, sulla libera circolazione delle merci) di norme interne non aventi finalità di tutela del lavoro, contengono comunque affermazioni che hanno condizionato la successiva giurisprudenza della Corte (e, ovviamente, la riflessione dottrinale) sulle questioni qui affrontate.

Nella prima sentenza¹⁰¹⁷, relativa ad una legislazione nazionale che vietava l'importazione di un prodotto recante una denominazione d'origine qualora lo stesso non fosse accompagnato dall'apposito certificato (rilasciato dal governo del paese esportatore e attestante il diritto alla predetta denominazione), la Corte ha ritenuto che «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative» degli scambi (punto 5), come tale vietata dall'art. 30 del Trattato (art. 28, dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam). Ciò premesso, la Corte ha precisato che, se è vero che i legislatori nazionali, in attesa di un regime comunitario che preveda specifiche garanzie per i consumatori, possono stabilire prescrizioni volte ad assicurare simili garanzie e/o ad evitare comportamenti sleali tra imprese, è pur vero che tale possibilità è comunque sottoposta alla generale condizione che i provvedimenti nazionali siano «ragionevoli» e, con riferimento al caso di specie, che «i mezzi di prova richiesti [per dimostrare l'origine del prodotto] non abbiano per effetto di ostacolare il commercio fra gli Stati membri, ma siano accessibili a tutti i cittadini comunitari» (punto 6).

Si tratta, com'è evidente, di affermazioni che, quantunque espresse con riferimento ad una specifica e particolare questione, sono però formulate in modo talmente netto e, al contempo, generale da poter essere poi adattate ad ipotesi anche profondamente diverse rispetto a quella originaria. E ciò è puntualmente avvenuto¹⁰¹⁸, talora con rilevanti precisazioni come nell'altrettanto nota pronuncia data sul caso *Rewe-Zentrale* (meglio conosciuto come caso *Cassis de Dijon*)¹⁰¹⁹.

In questa seconda sentenza, il problema posto all'attenzione della Corte era se una prescrizione nazionale, relativa alle caratteristiche che devono avere certi prodotti (nel caso di specie al contenuto minimo di alcool per taluni liquori) per essere commercializzati nel territorio dello Stato, costituisca una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione vietata dall'art. 30 (ora art. 28) del Trattato, pur essendo indistintamente applicabile sia ai prodotti nazionali che a quelli di importazione.

Anche in questo caso, ciò che domina nell'argomentazione della Corte è la verifica della

¹⁰¹⁶ Una ricostruzione critica dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte sui problemi connessi al rapporto tra le libertà del Trattato e le normative interne di protezione sociale è rinvenibile in ROCCELLA, 1997; BARBERA, 2000; GIUBBONI, 2003, p. 183 ss.

¹⁰¹⁷ Corte giust. com. eur. 11 luglio 1974 (8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville*).

¹⁰¹⁸ Per una ricostruzione delle pronunce successive della Corte in cui viene riproposta o, comunque, utilizzata la cosiddetta formula *Dassonville*, v. TESAURO, 1995, p. 272 ss.

¹⁰¹⁹ Corte giust. com. eur. 20 febbraio 1979 (120/78, *Rewe-Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*).

sussistenza di un *effetto* equivalente alla restrizione quantitativa, senza che alcun rilievo sia attribuito, come del resto in *Dassonville*, alla sussistenza di un *intento* discriminatorio¹⁰²⁰.

Ciò nonostante, non può sfuggire l'affinamento dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte. Nella pronuncia *Cassis de Dijon*, infatti, la Corte precisa che «gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti [...] vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori» (punto 8, secondo periodo). Ebbene, al di là dell'esito finale della valutazione compiuta dal giudice comunitario in relazione al caso di specie¹⁰²¹, non può essere sottovalutata la (qui più) chiara affermazione di principio relativa alla possibile soccombenza delle esigenze di libera circolazione delle merci (pur costituenti, come rammenta la Corte, «uno dei principi fondamentali della Comunità») al cospetto di altre esigenze (non necessariamente enunciate dal Trattato) che, almeno in potenza, possono evidentemente essere valutate come prevalenti; si tratta, inoltre, di esigenze delle quali nella pronuncia è fornito un elenco non certo tassativo (come si evince anche dall'utilizzo dell'espressione «in particolare») e che, del resto, è stato successivamente ampliato dalla stessa Corte¹⁰²².

Nella successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte questi principi, pur frequentemente richiamati, sono stati peraltro ancora oggetto di ulteriori affinamenti. Così, i giudici comunitari, da un lato, hanno progressivamente arricchito il catalogo delle esigenze imperative di cui la normativa nazionale può essere espressione (ampliamento evidentemente connesso alla sottoposizione alla Corte di questioni relative a discipline nazionali con finalità diverse rispetto a quelle oggetto di precedenti giudizi)¹⁰²³. Dall'altro, essi hanno chiarito il significato del giudizio di ragionevolezza, abbozzato (anzi, meramente enunciato) nella sentenza *Dassonville* e implicitamente

¹⁰²⁰ Cfr. POIARES MADURO, 2001, p. 274 («the ECJ for a long period applied the free movement of goods to national rules whose effect on trade was not a consequence of discrimination against imports, but simply a side-effect of the restriction imposed even on domestic trade as a consequence of market regulation»).

¹⁰²¹ La Corte ha ritenuto che le specifiche prescrizioni restrittive sottoposte alla sua valutazione nel caso *Cassis de Dijon* non perseguissero «uno scopo d'interesse generale atto a prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci, che costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità». Al contrario, «l'effetto pratico [anche se non l'obiettivo] di prescrizioni di tal genere consiste principalmente nel garantire un vantaggio» ai prodotti nazionali dotati di una certa caratteristica, «allontanando dal mercato nazionale i prodotti d'altri Stati membri» che, pur legalmente prodotti e messi in commercio secondo le discipline vigenti in questi ultimi, non posseggono però tale caratteristica. In definitiva, quelle prescrizioni costituiscono «un ostacolo per gli scambi incompatibile con l'art. 30 del Trattato» (punto 14 s. della sentenza).

¹⁰²² Cfr. CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 638 ss., ove possono anche essere reperiti numerosi riferimenti agli sviluppi successivi della giurisprudenza comunitaria, in ragione dei principi elaborati nel caso in esame. Questi principi, del resto, hanno dato luogo all'elaborazione di specifici orientamenti da parte della Commissione, presentati in una apposita *Comunicazione* relativa alle conseguenze della pronuncia in questione (la Comunicazione è reperibile in GUCE, n. C-256 del 3 ottobre 190, p. 0002-0003).

¹⁰²³ Il problema del rapporto tra la categoria delle esigenze imperative - che in più occasioni la Corte ha ritenuto essere una 'categoria aperta' - e i motivi giustificativi di interventi legislativi nazionali che introducano restrizioni quantitative alla circolazione delle merci di cui all'art. 36 (ora art. 30), sono ancora da indagare fino in fondo (cfr., sul punto, le considerazioni di CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 659 ss.). E, d'altro canto, val la pena di segnalare sin d'ora che il medesimo problema si propone con riferimento agli interventi limitativi delle altre libertà fondamentali (cfr. ancora CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 719; p. 785 s.; p. 823), sui quali, come si vedrà più avanti, la giurisprudenza della Corte ha finito per elaborare un percorso analogo a quello esaminato in testo con riferimento alla libertà di circolazione delle merci.

fatto proprio nella stessa *Cassis De Dijon*¹⁰²⁴, evidenziando la necessità che le normative interne, oltre a rispondere alle predette esigenze imperative, risultino comunque «*proporzionate* agli scopi perseguiti e che, se uno Stato membro dispon[ga] di mezzi meno restrittivi che consentano di raggiungere gli stessi scopi», debba farvi ricorso¹⁰²⁵.

Ciò detto, va segnalato che sia l'affinamento dei principi giustificativi, sia il predetto giudizio di 'proporzionalità' rispetto allo scopo hanno caratterizzato, in particolare, una serie di pronunce della Corte di giustizia riguardanti normative nazionali su materie del commercio o della produzione - e come tali sottoposte alla valutazione del giudice comunitario in relazione al rispetto dei principi della libera circolazione e concorrenza - ma aventi *indirettamente* riflessi sulla tutela lavoristica.

A tale riguardo, è da ricordare il filone particolarmente significativo delle sentenze in materia di chiusura domenicale degli esercizi commerciali¹⁰²⁶, inaugurato con la pronuncia resa nel caso *Torfaen* (noto anche come caso *B&Q*)¹⁰²⁷, nella quale la Corte ha dovuto valutare «se nel concetto di misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative ai sensi dell'art. 30 [...] rientri altresì una norma che vieta l'apertura domenicale di esercizi commerciali al minuto in quanto il divieto determina un calo in termini assoluti del volume delle vendite di detti esercizi, in particolare delle vendite di articoli importati da altri Stati membri».

In proposito, la Corte - dopo aver notato che una simile normativa non rileva sul piano discriminatorio in quanto «trova applicazione indistintamente per le merci importate ed i prodotti nazionali» e, quindi, «in linea di principio, la vendita dei prodotti importati da altri Stati membri non è [...] resa più difficile della vendita delle merci nazionali» (punto 11) - ha affermato che le normative nazionali che disciplinano gli orari di vendita al minuto sono «espressione di determinate scelte politiche ed economiche in quanto sono intese a garantire una ripartizione degli orari di lavoro e di riposo rispondente alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri» (punto 14, il quale racchiude quella che potremmo definire come 'formula *Torfaen*')¹⁰²⁸. La stessa Corte, poi, sempre proseguendo sul sentiero tracciato dalle sue precedenti pronunce, è giunta a considerare che, poiché la presenza di esigenze di rilevante valore non esclude l'ostacolo che da una siffatta normativa

¹⁰²⁴ Là dove la Corte, dopo aver precisato che le prescrizioni nazionali devono essere *necessarie* per rispondere ad esigenze imperative, si interroga sulla possibilità che gli obiettivi siano raggiunti per una diversa via, non incidente sulla circolazione delle merci.

¹⁰²⁵ V., tra le altre, Corte giust. com. eur. 14 luglio 1988 (90/86, *procedimento penale contro Giorgio Zoni*, c.d. caso *Paste alimentari*), punto 10. Ma v. già Corte giust. com. eur. 10 novembre 1982 (261/1981, *Walter Rau Lebensmittelwerke c. De Smedt P.V.B.A.*), punto 12; Corte giust. com. eur. 12 marzo 1987 (178/84, *Commissione c. Repubblica federale tedesca*, c.d. caso sulla *Purezza della birra*), punto 28.

¹⁰²⁶ Per una dettagliata ricostruzione di questo filone e per i necessari rinvii alla letteratura, anche straniera, v. ROCCELLA, 1997, p. 85 ss.

¹⁰²⁷ Corte giust. com. eur. 23 novembre 1989 (145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc*).

¹⁰²⁸ In questa sede (al punto 13) la Corte richiama anche la propria precedente pronuncia del 14 luglio 1981 (155/80, *procedimento penale contro Sergius Oebel*), e ritiene applicabile anche al caso di specie l'affermazione in essa formulata, alla cui stregua una normativa nazionale in materia di orari di lavoro, di consegna e di vendita nel settore della panetteria e della pasticceria «rappresenta una legittima scelta di politica economica e sociale, conforme agli scopi d'interesse generale perseguiti dal Trattato». In realtà, ai fini della nostra trattazione quest'ultima sentenza assume rilievo soprattutto nella diversa prospettiva di valutare la conformità con il Trattato di una tutela lavoristica nei cui confronti un operatore *interno* lamenta la lesione di una delle libertà economiche (nel caso di specie, la libera circolazione delle merci, colta sotto il profilo della libertà di esportazione di cui all'art. 34 - ora art. 29 - del Trattato).

nazionale deriva agli scambi, si deve comunque accertare se gli effetti di tali normative nazionali «non eccedano quanto necessario per conseguire lo scopo perseguito» (punto 15)¹⁰²⁹.

Ebbene, pur senza voler sopravvalutare - alla luce di questa sola pronuncia, resa su una specifica questione, nella quale si lascia comunque spazio ad una valutazione di proporzionalità delle misure interne - il mutamento terminologico rispetto al caso *Cassis de Dijon*, non si può però trascurare che altro è parlare in generale di «esigenze imperative», altro è riferirsi a «scelte politiche ed economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali».

Si tratta di un arricchimento di prospettiva di particolare interesse per il giuslavorista, stante l'importante riferimento ai valori socio-culturali nazionali o regionali. E ciò, d'altronde, è confermato da successive pronunce (casi *Conforama* e *Marchandise*)¹⁰³⁰, nelle quali - con riferimento, questa volta, proprio a normative nazionali *direttamente* finalizzate alla tutela dei lavoratori, in quanto volte a precludere il lavoro domenicale in talune attività - la Corte ha riproposto testualmente la 'formula *Torfaen*' (punto 11, caso *Conforama*; punto 12 caso *Marchandise*)¹⁰³¹.

Lo sviluppo argomentativo sin qui descritto non era tuttavia ancora chiuso, come è dimostrato dalla successiva sentenza relativa al caso *Stoke-on-Trent*¹⁰³², nuovamente incentrato sul divieto di esercitare attività commerciale di domenica, già oggetto di esame nel caso *Torfaen*. La Corte, infatti, ha ancora precisato che, nel valutare la 'proporzionalità' di una disciplina nazionale, che persegue uno scopo legittimo ai sensi del diritto comunitario, «occorre contemporaneamente l'interesse

¹⁰²⁹ In proposito, la Corte, al punto 12, richiama anche la sentenza dell'11 luglio 1985 (60/84, *Cinéthèque c. Fédération Nationale des Cinémas Français*, e 61/84), relativa ad un divieto di noleggio di videocassette indistintamente applicabile ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati. Nella sentenza si era appunto affermato che detto divieto è compatibile con il principio della libera circolazione delle merci sancito dal Trattato solo purché gli eventuali ostacoli che ne derivino per gli scambi intracomunitari non vadano al di là di quanto necessario a garantire il raggiungimento dello scopo perseguito e purché questo scopo sia legittimo con riguardo al diritto comunitario.

Merita, poi, di essere ancora segnalato che nella sentenza *Torfaen* il giudice comunitario, dopo aver affermato che «i provvedimenti nazionali che disciplinano la vendita delle merci soggiacciono al divieto dell'art. 30 qualora i loro effetti restrittivi della libera circolazione delle merci eccedano il contesto degli effetti propri di una normativa commerciale» (cfr. dir. n. 70/50), ha ritenuto che spetti al giudice nazionale «stabilire se gli effetti di una determinata normativa nazionale rimangano effettivamente in detto ambito» (punti 15 e 16). Ma sul punto v. anche *infra*.

¹⁰³⁰ Corte giust. com. eur. 28 febbraio 1991 (C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIEF-Conforama, Arts et meubles, JIMA*); Corte giust. com. eur. 28 febbraio 1991 (C-332/89, *procedimento penale contro André Marchandise, Jean-Marie Chapuis, SA Trafitec*).

¹⁰³¹ Va precisato che in queste sentenze, a differenza di quanto accaduto in *Torfaen*, la Corte, invece di rimettere il relativo giudizio alle corti nazionali, si è pronunciata direttamente ed espressamente sulla proporzionalità delle misure in questione - concretamente rilevando che gli effetti restrittivi sugli scambi, che possono eventualmente derivare da una normativa nazionale che vieti il lavoro domenicale prestato dai lavoratori subordinati, «non sembrano eccessivi, avuto riguardo allo scopo perseguito» e, pertanto, ad essa non si applica il divieto di cui all'art. 30 (ora art. 28) del Trattato (punto 12 s. di *Conforama*; punto 13 s. di *Marchandise*) - e ciò sulla base della necessità di scongiurare il rischio che, a causa di giudizi di proporzionalità formulati, di volta in volta, dalle diverse Corti nazionali, si potesse creare una «casistica discordante» (cfr. il punto 7 delle conclusioni dell'Avv. generale nella causa *Conforama*; per alcuni riferimenti al contrasto interpretativo insorto tra i giudici britannici a seguito della pronuncia resa nel caso *Torfaen*, v. - per tutti - POIARES MADURO, 2001, p. 278). E d'altronde, come è stato successivamente chiarito dalla stessa Corte nel caso *Stoke-on-Trent*, in *Conforama* e *Marchandise* essa ha espresso la propria valutazione in ordine alla proporzionalità delle disposizioni nazionali poiché, per un verso, ha ritenuto «di essere in possesso di tutti gli elementi [a tal fine] necessari» e, per altro verso, ha considerato la sua pronuncia fosse «necessaria al fine di permettere ai vari giudici nazionali di valutarne la compatibilità con il diritto comunitario in modo uniforme, dovendosi escludere che una tale valutazione possa variare in funzione degli accertamenti di fatto effettuati da ciascun giudice nell'ambito di una determinata controversia» (per questa precisazione, v. Corte giust. com. eur. 16 dicembre 1992, C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council c. B & Q plc*).

¹⁰³² Citata alla nt. che precede.

nazionale all'attuazione di tale scopo con l'interesse comunitario alla libera circolazione delle merci» e che, «per accertare che gli effetti restrittivi della disciplina in questione sugli scambi intracomunitari non eccedano la misura di quanto è necessario per raggiungere lo scopo prefisso, occorre esaminare se tali effetti siano diretti, indiretti o meramente ipotetici e se essi non ostacolino lo smercio dei prodotti importati più di quello dei prodotti nazionali» (punto 15)¹⁰³³.

Queste affermazioni della Corte sono di particolare rilievo. Va infatti rilevato, anzitutto, che nell'adottare l'espressione 'interesse nazionale', essa ha condensato in tale formula sintetica la categoria aperta delle «esigenze imperative», che, come si è detto, in alcune pronunce si erano poi tradotte nelle «scelte politiche ed economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali»; una formula riassuntiva di un concetto dalla portata davvero assai ampia, sulla base della quale, nell'arco di pochi anni, si sarebbe attuata una riunificazione generale delle cause giustificatrici di interventi nazionali limitativi delle libertà comunitarie (su questo aspetto si tornerà più approfonditamente tra breve).

Inoltre, nell'individuare più puntualmente il criterio su cui deve basarsi il giudizio di proporzionalità, la Corte ha lasciato intendere che su di esso si sarebbe fondata ogni propria successiva pronuncia avente ad oggetto l'impatto di norme nazionali in materia commerciale (e non solo...) sulla libera circolazione di merci.

Va detto, per il vero, che, di lì a poco, è sembrato che la Corte intendesse *in parte* smentire questi assunti. Con riferimento ad un caso in cui era in questione una disciplina nazionale relativa al divieto di rivendita sottocosto dei prodotti (caso *Keck e Mithouard*)¹⁰³⁴, essa ha ritenuto di escludere alla radice il contrasto tra quella disciplina e l'art. 30 (ora 28) del Trattato. Dopo aver preso atto che «gli operatori economici invocano sempre più frequentemente l'art. 30 [ora 28] del Trattato al fine di contestare qualsiasi normativa che, pur non riguardando i prodotti provenienti da altri Stati membri, produca l'effetto di limitare la loro libertà commerciale», infatti, la Corte ha dichiarato il proprio convincimento circa la necessità di «riesaminare e precisare la propria giurisprudenza in materia» (punto 14). Ed in proposito, dopo aver ricordato quanto affermato nel caso *Cassis de Dijon*, ha sostenuto che, «contrariamente a quanto sino ad ora statuito [...] non può costituire ostacolo diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville* [...], l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti

¹⁰³³ Dopo di che, applicando tale criterio, essa è giunta a formulare il medesimo giudizio di conformità già espresso con riferimento al divieto di lavoro domenicale (sulla base del presupposto che le due discipline sono «analoghe»). In tal modo, un principio (la 'formula *Torfaen*') nato con riferimento ad una disciplina commerciale viene poi sviluppato (attraverso la diretta valutazione di proporzionalità: cfr. la nt. 43) in occasione di un giudizio incentrato su di una normativa lavoristica, per poi essere infine restituito, ma così completato, ad un contesto in cui è ancora in questione la stessa disciplina commerciale rispetto alla quale esso era stato originariamente elaborato.

¹⁰³⁴ Corte giust. com. eur. 24 novembre 1993 (C-267/91 e C-268/91, *procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard*).

da altri Stati membri» (punto 16)¹⁰³⁵.

Che si sia trattato di un vero e proprio «*turning point*» nella giurisprudenza della Corte, o quantomeno, di una significativa modifica della formula *Dassonville*¹⁰³⁶, ovvero, come pure si è sostenuto, di un insieme di «precisazioni doverose» che non intaccano tale formula, ma correggono, se mai, «alcune ben definitive smagliature» presenti in altre sentenze (in particolare quelle da *Torfaen a Stoke-on-Trend*, passando per *Conforama* e *Marchandise*)¹⁰³⁷ è questione che ha fatto molto discutere¹⁰³⁸.

In realtà, ai fini del discorso qui condotto, va rilevato che la non generalizzabilità della «formula *Keck*» è emersa con evidenza nella successiva sentenza sul caso *Semeraro Casa Uno*¹⁰³⁹, resa, ancora una volta, sul problema della chiusura domenicale degli esercizi: di fronte all'argomento del giudice remittente, volto a dimostrare che tale chiusura incideva in misura maggiore sullo smercio di prodotti importati da altri Stati membri, la Corte, pur richiamando quella formula, ha «riesumato» la valutazione espressa in *Torfaen*, tornando ad affermare che le normative in questione sono riconducibili a scelte «rispondenti alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali»; scelte che i diversi Stati membri possono effettuare «attenendosi alle prescrizioni del diritto comunitario». Ma appare evidente che, in tal modo, è stato riproposto il giudizio circa la presenza di valide cause giustificative correlate ad un interesse nazionale e, conseguentemente, si è riaperta la necessità di fare i conti anche con il criterio di proporzionalità¹⁰⁴⁰.

Ed a questo riguardo si deve ancora sottolineare che nella stessa pronuncia, rispondendo ad un (ulteriore) attacco mosso sulla base dell'allora art. 52 (ora art. 43) del Trattato, in materia di libertà di stabilimento, la Corte ha osservato che gli effetti restrittivi che la normativa nazionale in questione «potrebbe produrre sulla libertà di stabilimento sono troppo aleatori e troppo indiretti perché l'obbligo che essa sancisce possa essere considerato idoneo ad ostacolare tale libertà»; un'argomentazione, questa, poi ripresa anche in altri casi in cui la Corte ha escluso la violazione

¹⁰³⁵ Infatti, come ancora affermato dalla Corte nella stessa sentenza, qualora «tali requisiti siano soddisfatti, l'applicazione di normative di tal genere alla vendita di prodotti provenienti da un altro Stato membro e rispondenti alle norme stabilite da tale Stato non costituisce elemento atto ad impedire l'accesso di tali prodotti al mercato o ad ostacolarlo in misura maggiore rispetto all'ostacolo rappresentato per i prodotti nazionali» (punto 17).

¹⁰³⁶ Cfr. DAVIES, 1995, p. 56 ss. e 76.

¹⁰³⁷ TESAURO, 1995, p. 286 s. (e nt. 126).

¹⁰³⁸ Indubbiamente l'impatto della pronuncia è stato significativo, come è dimostrato dal fatto che la stessa Corte ne ha ripreso gli argomenti (e riproposto l'esito) con riferimento a nuove questioni che le sono state poste in numerosi altri casi (per una rassegna di pronunce, relative ad altri aspetti, nelle quali viene recuperata, espressamente o implicitamente, la «formula *Keck*», v. CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 647 ss.), tornando persino a riconsiderare nella nuova prospettiva la materia della chiusura domenicale degli esercizi commerciali: v. Corte giust. com. eur. 2 giugno 1994 (C-401/92 e C-402/92, *procedimenti penali contro Tankstation 't Heukske vof e J.B.E. Boermans*); 2 giugno 1994 (C-69/93, *Punto Casa spa c. Comune di Capena*, e C-258/93). Pur se va segnalato che il mutamento d'approccio operato dalla sentenza *Keck* ha in realtà riguardato le sole discipline nazionali relative alle modalità di vendita e non anche quelle relative alle caratteristiche di cui devono essere dotati i prodotti (cfr. BARBERA, 2000, 63 s.), come più volte precisato dalla stessa Corte: v. ad esempio, tra le più recenti, Corte giust. com. eur. 22 gennaio 2002 (C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estado*).

¹⁰³⁹ Corte giust. com. eur. 20 giugno 1996 (C-418/93, *Semeraro Casa Uno srl c. Sindaco del Comune di Erbusco*, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94).

¹⁰⁴⁰ Il che, d'altronde, in altri ambiti è puntualmente avvenuto: cfr., ad esempio, Corte giust. com. eur. 9 luglio 1997 (C-34/95, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB*, C-35/95, C-36/95).

dell'art. 30 (ora art. 28)¹⁰⁴¹ (pur se non sono mancate ipotesi in cui la Corte ha ritenuto violata questa norma poiché gli effetti limitativi non erano, per l'appunto, «troppo aleatori e troppo indiretti»¹⁰⁴²).

Che quello complessivamente emergente dalla sentenza *Semerano* sia dunque, attualmente, da considerare come il *punto di arrivo* della elaborazione della Corte di giustizia, rilevante anche ai fini delle normative sociali di tutela - con la quale è dunque necessario confrontarsi - è dimostrato dal fatto che le conclusioni appena riassunte hanno parimenti rappresentato l'approdo della giurisprudenza della Corte sviluppatasi *sulle tre altre libertà comunitarie di stabilimento e di circolazione dei lavoratori e dei servizi* (come d'altronde già emergente dalla ricordata sentenza *Semerano*).

Nelle tre fondamentali sentenze emesse nei confronti di normative nazionali accusate, nonostante l'assenza di un intento discriminatorio (in quanto applicabili indistintamente), di porsi in contrasto con una delle predette libertà (rese, rispettivamente, nei casi *Gebhard*, *Bosman* e *Alpine*¹⁰⁴³), la Corte ha infatti elaborato regole del tutto analoghe a quelle formulate in relazione alla libertà di circolazione delle merci (già nel caso *Torfaen* e) da ultimo nel caso *Semerano Casa Uno*, sia affermando la legittimità di «norme che [perseguano] uno scopo legittimo compatibile con il Trattato e [siano] giustificate da imperiosi motivi d'interesse pubblico», sia precisando che, comunque, «anche in tale ipotesi [...] la loro applicazione dovrebbe essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non dovrebbe eccedere quanto necessario per farlo»¹⁰⁴⁴.

Anzi, alla fine, la Corte è giunta senza alcuna incertezza ad affermare il principio generale secondo cui «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»¹⁰⁴⁵.

Un ulteriore decisivo tassello da aggiungere alla riflessione sin qui sviluppata è infine costituito dalla specifica giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di impatto delle tutele lavoristiche sulla libera circolazione dei servizi.

Ebbene, anche in questo ambito il percorso argomentativo della Corte ha origini lontane e si è sviluppato nel tempo attraverso vari rivioli, poi confluiti e giunti a maturazione, in particolare, nella

¹⁰⁴¹ V., tra le altre, Corte giust. com. eur. 17 ottobre 1995 (C-140/94 *DIP spa c. Comune di Bassano del Grappa*, C-141/94 e C-142/94) e già Corte giust. com. eur. 14 luglio 1994 (C-379/92, *procedimento penale contro Matteo Peralta*), spec. punto 24, nonché la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁴² Cfr., ad esempio, Corte giust. com. eur. 13 gennaio 2000 (C-254/98, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*); 3 dicembre 1998 (C-67/97, *procedimento penale contro Ditlev Bluhme*).

¹⁰⁴³ Corte giust. com. eur. 30 novembre 1995 (C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*); 15 dicembre 1995 (C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*); 10 maggio 1995 (C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*).

¹⁰⁴⁴ Le parole sono riprese dalla sentenza *Bosman* (punto 104), ma espressioni analoghe sono rinvenibili in *Alpine* (punti 44 e 45).

¹⁰⁴⁵ Sentenza *Gebhard* (punto 37). Sottolineano con forza l'importanza di questa prospettiva unificante CRAIG, DE BÚRCA, 2003, pp. 718 ss., 783 ss., 819 ss., spec. 820.

sentenza *Arblade*¹⁰⁴⁶ e, successivamente, nelle sentenze date sui casi *Mazzoleni*¹⁰⁴⁷ e *Finalarte*¹⁰⁴⁸ che ne ripropongono in gran parte i contenuti ed operano (con riferimento a ciascuno di quei rinvii) ampi rinvii ad altre precedenti pronunce. Infatti, in tutte queste pronunce¹⁰⁴⁹ (le quali sono state emesse, si noti bene, indipendentemente dalla dir. n. 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, ritenuta dalla Corte inapplicabile nei giudizi in questione), si riafferma con chiarezza:

- che l'art. 59 (ora art. 49) del Trattato «prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»¹⁰⁵⁰;

- che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante»¹⁰⁵¹;

- che tra tali ragioni, come da tempo affermato dalla Corte, rientra certamente «la tutela dei lavoratori»¹⁰⁵²;

- che quanto detto non esclude che la predetta tutela sia suscettibile di limitare (pur sempre senza alcun intento discriminatorio) una libertà fondamentale garantita dal Trattato, onde occorre sottoporre tale normativa all'ormai consolidato *test* di proporzionalità (ovviamente correlato alla specificità dei casi ad essa sottoposti);

- che a tal fine occorre verificare se la normativa nazionale incriminata sia effettivamente in grado di arrecare «un pregiudizio alla libera prestazione di servizi»¹⁰⁵³, e quindi, in caso di risposta affermativa, se tale pregiudizio sia «necessario per perseguire efficacemente e con mezzi appropriati un obiettivo d'interesse generale»¹⁰⁵⁴. O meglio ancora - sempre utilizzando parole tratte

¹⁰⁴⁶ Corte giust. com. eur. 23 novembre 1999 (C-369/96, *procedimento penale contro Jean-Claude Arblade*, e C-376/96).

¹⁰⁴⁷ Corte giust. com. eur. 15 marzo 2001 (C-165/98, *procedimento penale contro André Mazzoleni*).

¹⁰⁴⁸ Corte giust. com. eur. 25 ottobre 2001 (C-49/98, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft*; C-50/98; da C-52/98 a C-54/98; da C-68/98 a C-71/98).

¹⁰⁴⁹ Su cui si v. in particolare le riflessioni di DAVIES, 2002.

¹⁰⁵⁰ V. punto 33 di *Arblade*; 22 di *Mazzoleni*; 28 di *Finalarte*.

¹⁰⁵¹ Punto 34 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*.

¹⁰⁵² Punto 36 di *Arblade*; 27 di *Mazzoleni*; 33 di *Finalarte*. Su quest'ultimo aspetto, le pronunce invocano, come precedente, altre sentenze, talune delle quali significativamente risalenti nel tempo; in *Arblade*, in particolare, si citano, tra le altre, Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1981 (279/80, *procedimento penale contro Alfred John Webb*); 3 febbraio 1982 (62/81, *Seco c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, e 63/81); 27 marzo 1990 (C-113/89, *Rush Portuguesa Ltd. c. Office national d'immigration*).

¹⁰⁵³ Nel caso di specie la Corte ha ritenuto necessario valutare se una simile estensione si traducesse o meno «in un aumento delle spese e degli oneri amministrativi ed economici per questi ultimi» per i prestatori di servizi con sede fuori dallo Stato membro.

¹⁰⁵⁴ Punti 35 e 37, ma anche 53, di *Finalarte*. Va precisato che, in questa sentenza, la Corte ha altresì ritenuto ammissibile, in presenza di «obiettive differenze» tra le imprese nazionali e quelle con sede all'estero, anche una restrizione alla libera circolazione dei servizi derivante dalla previsione di oneri *differenziati e più gravosi* per le seconde (chiamate, nel caso di specie, a fornire una maggiore quantità di informazioni alla Cassa ferie retribuite del settore dell'edilizia, istituita in Germania), a condizione - ancora una volta - che

dalle appena citate pronunce della Corte - se l'applicazione estensiva della normativa sociale «sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati»¹⁰⁵⁵, ed in particolare se l'interesse protetto «non sia già garantito dalle norme dello Stato in cui il prestatore dei servizi è stabilito e [...] lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive»¹⁰⁵⁶.

Da quest'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sviluppata in relazione al rapporto tra normativa di tutela lavoristica e libertà di circolazione dei servizi¹⁰⁵⁷ emerge dunque una sua *piena coerenza* con la giurisprudenza della stessa Corte, sopra ricostruita, con la quale - attuandosi, come ben evidenziato dal dibattito dottrinale, un'armonizzazione *negativa* delle normative interne, rispetto invece a quella positiva attuata attraverso l'intervento diretto del legislatore comunitario¹⁰⁵⁸ - sono stati definiti, in generale, i principi sulla cui base misurare la legittimità di normative nazionali che, quantunque applicate indistintamente a tutti i cittadini degli Stati membri, siano state oggetto di censura poiché idonee a limitare la circolazione, nello Stato membro, di beni e servizi '*esterni*', cioè provenienti da altro Stato membro.

Per quanto attiene alla libera prestazione di servizi, merita peraltro di essere osservato che uno specifico intervento positivo del legislatore comunitario, e precisamente la dir. n. 96/71, ha dettato una speciale disciplina di tutela lavoristica in relazione a varie ipotesi di distacco transnazionale dei lavoratori¹⁰⁵⁹. Tale direttiva riguarda in particolare il caso di un'impresa, insediata in uno degli Stati membri, la quale - nel quadro, appunto, di una prestazione di servizi transnazionale - distacchi un proprio lavoratore, per un determinato periodo di tempo (durante il quale continui ad esistere un rapporto di lavoro tra l'una e l'altro), nel territorio di un altro Stato membro: *a*) nell'ambito di un contratto che essa abbia concluso con un terzo soggetto destinatario della prestazione medesima, o *b*) in forza di un comando presso un'impresa o uno stabilimento appartenente al gruppo, ovvero ancora *c*) in quanto impresa di lavoro temporaneo che somministri il lavoratore ad un utilizzatore (art. 1). In tali ipotesi, la normativa comunitaria impone ai legislatori nazionali di stabilire che, «qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro», l'impresa distaccante sia tenuta (salvo specifiche, ed in verità, importanti eccezioni) a garantire ai lavoratori distaccati (almeno) le condizioni di lavoro che, nello Stato membro in cui è effettuata la prestazione di lavoro, sono previste dalla legge e dalla contrattazione in relazione ad una lunga serie di materie indicate dalla stessa direttiva (art. 3). Ciò, ovviamente, sul presupposto che tali

quella restrizione «sia necessaria per tutelare efficacemente e con mezzi appropriati la ragione imperativa d'interesse generale costituita dalla tutela sociale dei lavoratori» (punti 66-75, spec. punto 72).

¹⁰⁵⁵ Punto 34, ma anche 26, 37 e 41, di *Mazzoleni*.

¹⁰⁵⁶ Punto 39 di *Arblade*, dove sono citati alcuni precedenti, tra cui si v., in particolare, Corte giust. com. eur. 28 marzo 1996 (C-272/94, *Procedimento penale contro Michel Guiot e Climater SA*), punto 13; 12 dicembre 1996 (C-3/95 *Reisebüro c. Gerd Sandker*), punto 28. *Adde* Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1981 (279/80, *Webb*), cit., punto 20.

¹⁰⁵⁷ Per ulteriori applicazioni dei principi illustrati in testo, v. Corte giust. com. eur. 21 ottobre 2004 (C-445/03, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*); 24 gennaio 2002 (C-164/99, *procedimento per infrazione amministrativa a carico di Portugaia Construções Lda*). Cfr. anche, ma con riferimento alla libertà di stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato, Corte giust. com. eur. 7 maggio 2002 (C-79/01, *procedimento di volontaria giurisdizione su iniziativa di Payroll Data Services (Italy) Srl, ADP Europe SA e ADP GSI SA*).

¹⁰⁵⁸ V. per tutti, di recente, BARBERA, 2000, p. 49 ss.; GIUBBONI, 2003, p. 123 ss.

¹⁰⁵⁹ Per considerazioni relative alle varie finalità della direttiva (tutela dei lavoratori e libertà di circolazione dei servizi) cfr., per tutti, ORLANDINI, 1999 e DAVIES, 2002.

tutele siano superiori a quelle cui il lavoratore avrebbe diritto sulla base della disciplina applicabile in generale al suo rapporto di lavoro (cfr. *Considerando* n. 17 e 18).

Utilizzando le parole pronunciate dall'Avvocato Generale in una delle cause sopra richiamate, si potrebbe affermare che la direttiva in questione ha trasformato «il *diritto* [dello Stato membro] di imporre alle imprese che effettuano prestazioni di servizi [nel proprio territorio] il rispetto» di normative interne di tutela, in un «*dovere* di prescrivere tali norme alle imprese stabilite in altri Stati membri»¹⁰⁶⁰. Anche se è evidente che un simile mutamento di prospettiva non preclude certo la facoltà degli Stati membri di estendere le tutele del lavoro fissate dalla normativa interna pure ad ipotesi che potrebbero non rientrare nella sfera d'applicazione della direttiva in questione (ad esempio, si è osservato che la normativa comunitaria «sembra non contemplare distacchi intercorrenti fra soggetti imprenditoriali completamente autonomi, non unificabili, cioè, all'interno di una nozione classica di gruppo»¹⁰⁶¹).

Orbene, leggendo la direttiva n. 96/71 alla luce della ricostruzione sopra proposta, si potrebbe dire che il legislatore comunitario, nell'imporre agli Stati membri la predetta estensione, ha sostanzialmente effettuato una *diretta ponderazione* degli interessi in campo¹⁰⁶², assegnando una decisa prevalenza alle esigenze di protezione del lavoro rispetto a quelle economiche (di cui è, appunto, espressione la libertà di circolazione dei servizi). Ed al riguardo si dovrebbe ammettere - seppure in via di ipotesi limite - che la direttiva, proprio per questa sua scelta 'forte', possa essere a sua volta sottoposta al giudizio della Corte in relazione al bilanciamento e alla scelta di priorità da essa effettuati (cfr. artt. 230 ss.)¹⁰⁶³.

Se ciò è vero, peraltro, si deve pure riconoscere che la previsione, da parte della direttiva, di un obbligo di estensione (di una larga parte) della normativa nazionale di tutela lavoristica, di per sé, non incide affatto sul (diverso) problema della 'compatibilità' di tale normativa con la libertà di circolazione dei servizi di cui al Trattato. Essa, infatti, non sarà, per ciò solo, sottratta al descritto giudizio di proporzionalità, il quale andrebbe condotto negli stessi termini di quello che potrebbe interessare una normativa interna che, al di fuori del campo di applicazione della direttiva, venisse estesa ai lavoratori distaccati sulla base di una libera scelta dello Stato membro ospitante.

Tirando le somme del discorso qui condotto, ci sembra dunque che si possa affermare che siffatta uniforme costruzione di principi da parte dei giudici comunitari, *complessivamente considerata*, dimostri, in realtà, come il rischio di un *vulnus* alla cittadella del diritto del lavoro da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia - almeno sul fronte qui esaminato - sia in realtà da ritenere assai meno grave di quanto talora temuto.

Si tratta di una valutazione che si fonda su alcuni fondamentali elementi emergenti dalla giurisprudenza della Corte, e precisamente: *in primo luogo*, il fatto che la tutela dei lavoratori è stata considerata dai giudici comunitari, senza alcuna ombra di dubbio, una 'ragione imperativa

¹⁰⁶⁰ V. le conclusioni dell'avvocato generale nel caso *Finalarte*, par. 219 ss.

¹⁰⁶¹ ESPOSITO, 2002, p. 66 s. Per i numerosi problemi interpretativi sollevati dalla direttiva, si v., per tutti, BALANDI 1998; ORLANDINI, 1999 e FOGLIA, 2001.

¹⁰⁶² È quanto è avvenuto, come si dirà, anche nel caso della dir. n. 96/67 relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, rispetto alla quale, peraltro, si sono posti problemi più specifici che ne consigliano l'esame in una fase più avanzata del lavoro (v., *infra*, par. 6).

¹⁰⁶³ Cfr. ORLANDINI, 1992, p. 470, nt. 15; DAVIES, 2002, p. 300 e p. 306.

d'interesse generale', in grado di giustificare le potenziali lesioni che potrebbero essere arrecate a(d una de)lle libertà fondamentali di operatori economici stabiliti in altri Stati membri (d'ora in poi, operatori *esterni*) dall'applicazione di una disciplina lavoristica interna; *in secondo luogo*, il fatto che il giudizio di 'proporzionalità' – al quale la Corte di giustizia ha affidato il compito di misurare se vi sia un contemperamento dell'interesse nazionale (all'attuazione dello specifico scopo di tutela dei lavoratori) con l'interesse comunitario espresso dalla libertà comunitaria volta a volta specificamente incisa dalla normativa nazionale – deve essere volto *soltanto* ad accertare, secondo l'insegnamento della Corte, «che gli effetti restrittivi della disciplina in questione [...] non eccedano la misura di quanto è necessario per raggiungere lo scopo prefisso» (nel senso che tale scopo di tutela del lavoro «non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive» e che, nel caso di prestazione di servizi, l'interesse tutelato non sia già garantito dalle norme dello Stato membro in cui operi il soggetto esterno). Nell'ambito di tale giudizio – talora affidato ai giudici nazionali, talaltra compiuto direttamente dalla stessa Corte¹⁰⁶⁴ – si dovrà altresì accertare preliminarmente se quegli effetti restrittivi «siano diretti, indiretti o meramente ipotetici», o meglio ancora se essi non siano «troppo aleatori e troppo indiretti perché l'obbligo che [quella disciplina] sancisce possa essere considerato idoneo ad ostacolare [la] libertà» dei predetti soggetti¹⁰⁶⁵.

4.2 - I passaggi appena delineati sono tali da evidenziare come la valutazione dei giudici comunitari circa quella che potremmo definire (in coerenza con quanto si dirà più avanti in relazione alle clausole di *favor*) 'compatibilità' della normativa nazionale di tutela lavoristica con le libertà fondamentali del Trattato sia stata alla fine sostanzialmente ricondotta entro i rigorosi limiti del descritto, articolato (quantunque complesso), giudizio di proporzionalità. Ma soprattutto ciò che ci preme sottolineare è che la corposa giurisprudenza fin qui ricostruita se, da un lato, ha dato sempre sostanzialmente per scontata la riconducibilità della norma lavoristica ad un 'interesse generale'¹⁰⁶⁶ - ammettendone la possibilità di censura, nel rispetto dei limiti contenutistici del predetto giudizio di proporzionalità, e solo in relazione ai *diretti, reali* e non meramente *ipotetici* effetti limitativi che la sua applicazione potrebbe essere in grado di produrre sulle libertà di circolazione e di concorrenza degli operatori economici di *altri* Stati membri – dall'altro non ha riguardato l'idoneità di una disciplina nazionale di tutela del lavoro a incidere, in senso limitativo, sulla capacità concorrenziale degli *operatori interni*.

In effetti, a questo riguardo è possibile trovare diretta conferma di quanto appena detto ancora

¹⁰⁶⁴ Sulla competenza del giudice nazionale v. *supra*, nt. 43 e 45.

¹⁰⁶⁵ In buona sostanza, ad avviso di chi scrive si potrebbe dire che l'analisi della giurisprudenza della Corte, quale emergente dalle sue pronunce in materia emerse fino ad oggi, consente – oltre che di temperare notevolmente i timori manifestati da LYON-CAEN, cui si è fatto riferimento in apertura di questa parte della nostra disamina (*supra*, par. 4) – di rivedere in buona misura il giudizio critico espresso da BARNARD, DEAKIN, 2000, p. 331 ss., spec. 340 ss., ma già da DEAKIN, 1996, p. 70 ss. nonché da DAVIES, 1995, 75 ss., secondo il quale «the Court's decisions in the cases studied, where national labour policies have conflicted with the community project of integration, have not been fully reasoned. In the era of subsidiarity that is a failing which ought to be corrected. There is much to be said for a more open articulation by the Court of the thinking underlying its balancing exercises»; un auspicio, quest'ultimo, che, per il vero, parrebbe essere stato soddisfatto dalla successiva evoluzione giurisprudenziale da noi ricostruita. Anche se va notato che lo stesso Davies, in una più recente riflessione, ha rivolto le proprie considerazioni critiche nei confronti anche dell'ultima giurisprudenza della Corte (casi *Arblade*, *Mazzoleni*, *Finalarte*), nella misura in cui da essa possano derivare trattamenti differenziati per operatori interni ed esterni (DAVIES, 2002, p. 301 ss.); ma su questo aspetto si tornerà più ampiamente nel seguito.

¹⁰⁶⁶ Val la pena, a questo riguardo, di rammentare quanto emerso dalla evoluzione giurisprudenziale in tema di libertà di circolazione delle merci sopra ricostruita, e cioè che l'espressione 'interesse nazionale', ha acquisito, alla fine, il valore di formula sintetica inclusiva della categoria aperta delle «esigenze imperative», le quali, in alcune sentenze si erano tradotte nelle «scelte politiche ed economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali».

nella giurisprudenza della Corte, la quale - già in tempi ormai remoti e con specifico riferimento ad una norma di tutela lavoristica vigente in Germania (che vietava il lavoro notturno nel settore della panificazione) - ha affermato (caso *Oebel*):

- che l'art. 7 del Trattato (nel testo all'epoca vigente), il quale vieta «solo le discriminazioni a causa della nazionalità degli operatori economici», non è trasgredito «se uno Stato membro determina, mediante una disposizione di legge che non fa distinzioni, in modo diretto o indiretto, a seconda della nazionalità, una situazione che influisce sulla capacità concorrenziale degli operatori economici stabiliti nel suo territorio rispetto agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri»;

- che l'art. 34 (ora art. 29) del Trattato «riguarda i provvedimenti nazionali che hanno per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione e di costituire in tal modo una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro ed il suo commercio d'esportazione, così da assicurare un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato»;

- che, peraltro, si deve ritenere che una siffatta ipotesi è manifestamente esclusa nel caso di una normativa, come quella in questione, «che rientra nella politica economica e sociale [dello Stato membro] e si applica, in funzione di criteri obiettivi, a tutte le imprese di un settore determinato, stabilite sul territorio nazionale, senza creare alcuna differenza di trattamento in ragione della nazionalità degli operatori e senza distinguere fra il commercio interno dello Stato interessato e quello d'esportazione»¹⁰⁶⁷.

Traspare da queste parole della Corte una - forse embrionale, ma già significativa - consapevolezza della specificità della norma di tutela lavoristica e la (implicita) decisione di difenderla da attacchi rivolti da parte di *produttori interni* che ne lamentino gli effetti limitativi sulla propria libertà di concorrenza. Ed è altresì ben evidente come il rifiuto di assoggettare, in tal caso, quella norma ad un controllo di compatibilità con le libertà del Trattato sia netto e senza aperture ad un giudizio di proporzionalità; apertura che, come si è visto nel precedente paragrafo, è stata sin dall'origine resa disponibile agli operatori *esterni* che risultino comunque assoggettati, *ratione loci*, alla disciplina nazionale incriminata.

Si tratta di una costruzione che, per il vero, appare interessante, se letta alla luce della ricordata lamentela relativa alla frigidità originaria del Trattato rispetto alle politiche sociali comunitarie e che attesta, ancora una volta, l'importanza del ruolo della Corte nella costruzione (anche) dei principi fondamentali del diritto sociale europeo. Significativamente, d'altronde, questa linea interpretativa ha trovato un robusto referente solo più tardi, quando - a partire dal 1986 (con l'Atto Unico) - la protezione sociale è divenuta ormai a pieno titolo una delle finalità fondamentali della Comunità europea, superando la posizione negletta che, com'è stato lamentato per tanto tempo, essa ha ricoperta sin dagli albori dell'avventura comunitaria.

A questo riguardo occorre sottolineare che l'inclusione nell'ambito dell'art. 2 della finalità di «un elevato livello di [...] protezione sociale», già ad opera del Trattato di Maastricht, ed il contemporaneo e strumentale inserimento, tra le azioni che la comunità deve intraprendere, di una

¹⁰⁶⁷ V. Corte giust. com. eur. 14 luglio 1981 (155/80, *Oebel*), cit.

«politica nel settore sociale *comprendente* un Fondo sociale europeo» (art. 3, par. 1, lett. *i*), poi divenuta lett. *j*) a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam¹⁰⁶⁸, ha reso quella finalità - come riconosciuto, in definitiva, dalla stessa Corte di giustizia¹⁰⁶⁹ - uno degli obiettivi fondanti della Comunità, in affiancamento ai classici obiettivi economici comunitari, per il cui perseguimento sono state considerati fondamentali, sin dall'origine, la libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali, nonché la libertà di concorrenza. Si tratta di un mutamento di prospettiva che trova, con specifico riferimento all'azione comunitaria, un immediato riscontro nelle finalità e negli strumenti contemplati dapprima - nella (invero breve) stagione della politica sociale a 'due vie' - dagli artt. 1 e 2 dell'APS e, successivamente, dagli artt. 136 e 137 del Trattato, nella versione dettata dal Trattato di Amsterdam¹⁰⁷⁰.

D'altra parte, siffatto progressivo rafforzamento della politica sociale comunitaria (in cui, tra l'altro, si sostanzia il profilo *positivo* dell'integrazione sociale) non può far perdere di vista il fatto che l'obiettivo di protezione sociale ad essa sotteso è, per espresso riconoscimento del Trattato, perseguibile anche con l'azione dei singoli Stati membri, la quale, anzi, viene 'solo' sostenuta e completata dalla Comunità (art. 137, par. 1)¹⁰⁷¹; con il che, evidentemente, lo stesso Trattato intende ribadire la *naturale* centralità dell'intervento nazionale in materia di protezione sociale, pur senza rinunciare, evidentemente, a procedere nella direzione di un'integrazione ed armonizzazione delle discipline nazionali¹⁰⁷². Di modo che, ogni intervento protettivo del singolo Stato in tale materia non solo è perfettamente coerente con un fondamentale obiettivo della Comunità, ma costituisce ormai, esso stesso, strumento per la sua realizzazione.

Se tutto ciò è vero, è doveroso, ad avviso di chi scrive, trarre le dovute conseguenze da siffatta ricostruzione, giungendo a sostenere che si deve ormai parlare (come si è già accennato in precedenza) di un vero e proprio generale principio comunitario di tutela del lavoro, emergente dalla ricordata normativa del Trattato; principio che trova specifica attuazione in ogni intervento, tanto comunitario, quanto degli Stati membri, destinato ad introdurre normative di protezione dei lavoratori, e che, proprio in quanto tale, si pone in realtà *in posizione frontale* rispetto alle

¹⁰⁶⁸ Si rammenti che, prima di Maastricht, era proprio la creazione del FSE ad essere intesa quale strumento volto sia a «migliorare le possibilità di occupazione dei lavoratori» sia di «contribuire al miglioramento del loro tenore di vita (art. 3, par. 1, lett. *i*), del testo originario del Trattato).

¹⁰⁶⁹ Cfr. Corte giust. com. eur. 21 settembre 1999 (C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*), par. 54.

¹⁰⁷⁰ Sul rafforzamento della politica sociale emergente dalle modificazioni emergenti dal Trattato di Amsterdam, si v., per tutti, BARBERA, 2000, spec. pp. 88 ss. e 101 ss., TREU, 2001, p. 82 ss., NUNIN, 2001, p. 43 ss., dove ulteriori rife.

¹⁰⁷¹ Ciò induce, evidentemente, a fare i conti con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5, co. 2, del Trattato.

Per il riconoscimento che, dal punto di vista dell'intensità delle tutele, «il sistema europeo di diritto del lavoro continua a non essere comparabile con i sistemi nazionali», v. SCIARRA, 2003, p. 19.

¹⁰⁷² Cfr., tra gli altri, GALANTINO, 2003, p. 47, nonché, già con riferimento al testo dell'art. 2 dell'APS, SIMITIS, 1995, p. 524; ARRIGO, 1998, p. 178 ss. È il caso di osservare che la prospettiva unificante dell'art. 137, nel quale è confluita anche la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, già prevista dall'art. 118 A, rende comunque inattuale la lettura (in passato proposta con riferimento a quest'ultima previsione) secondo cui, in tale materia, la progressiva espansione dell'intervento comunitario avrebbe progressivamente limitato quello dei legislatori nazionali, «la cui potestà concorrente di fatto [sarebbe stata] superata» (MARESCA M., 1996, p. 392 ss., spec. p. 395 ss.); e ciò, a prescindere dall'osservazione secondo cui anche l'art. 118 A si poneva in una prospettiva di tutela minimale, senza escludere l'opera (integrativa, *in melius*) degli Stati membri, come dimostrato sia dall'esordio della disposizione, sia dal suo par. 3 (profili, questi, ben chiariti dalla già citata pronuncia della Corte resa il 17 dicembre 1998 nel caso *Borsana*, sul cui procedimento interpretativo si tornerà nel par. 5.2).

fondamentali libertà economiche del Trattato.

Un siffatto centrale posizionamento della protezione sociale, e dunque della tutela del lavoro, nell'ambito del Trattato CE non può non produrre effetti rilevanti sul piano dell'interpretazione del dato normativo.

Intanto, la pari dignità del predetto obiettivo sociale con quelli economici, e dunque delle tutele del lavoro, con le libertà economiche comunitarie, rende del tutto inammissibile (come già accennato in precedenza) pretendere di costruire pregiudizialmente una graduatoria sulla cui base, *da un lato*, sottomettere sempre e comunque quello a questi ultimi nell'azione politica della Comunità e, *dall'altro lato*, formulare in termini negativi un eventuale giudizio di 'compatibilità' dell'azione degli Stati membri in materia sociale rispetto alle menzionate libertà. Da questo punto di vista, anzi, val la pena di sottolineare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia descritta più sopra, in forza della quale le normative interne di tutela lavoristica - in un percorso divenuto certamente più lineare soprattutto a partire dalla prima metà degli anni '90 - hanno ricevuto il formale riconoscimento di «ragioni imperative d'interesse generale»¹⁰⁷³ in grado di comprimere legittimamente (quantunque con i descritti temperamenti) le fondamentali libertà economiche di soggetti appartenenti ad altri Stati membri (ove applicate indistintamente e, dunque, senza finalità discriminatorie), trova proprio nella sopra argomentata emersione di un generale principio comunitario di tutela sociale una ragione perfettamente sintonica.

Se ciò è vero, peraltro, ne consegue che non v'è spazio alcuno, nell'attuale assetto ordinamentale comunitario, per tesi radicali che, spostando l'asse d'analisi dalle politiche di protezione sociale portate avanti direttamente dalla Comunità, a quelle sviluppate in tema dagli Stati membri, intendessero addirittura sostenere che la presenza di una qualsivoglia normativa interna di tutela per i lavoratori, in quanto potenzialmente foriera di incrementi di costi e/o di riduzione di guadagni per tutti gli operatori (appunto *interni ed esterni*) che intendono esercitare l'attività nel territorio dello Stato, limiterebbe, *di per sé*, l'esercizio della libertà d'iniziativa economica e, pertanto, violerebbe una delle libertà fondamentali indicate dall'art. 3, par. 1, lett. c) e, più in generale, la libertà di concorrenza¹⁰⁷⁴. Pur se va ribadito, anche alla luce dell'analisi sopra condotta, che per il vero, salvo specifici profili (v. quanto detto *supra* per il caso *Oebel*), non risulta che in passato sia stata avanzata una siffatta radicale (ed invero paradossale) interpretazione nei confronti del diritto del lavoro.

Quella appena delineata è una conseguenza giuridica di portata generale nient'affatto scontata nel dibattito sulle riforme comunitarie, e della cui utilità, anzi, chi scrive ritiene non vi sia allo stato da dubitare, in quanto essa, coniugata con le conclusioni raggiunte al termine della descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente di acquisire un punto di equilibrio

¹⁰⁷³ V. le pronunce nei casi *Arblade*, *Mazzoleni* e *Finalarte* citate più sopra.

¹⁰⁷⁴ Si consideri del resto che, qualora si verifichi un contrasto tra le predette libertà economiche comunitarie e il contenuto specifico di tutele nazionali che trovino fondamento in valori fondamentali costituzionalmente protetti, a queste ultime andrebbe riconosciuta una ulteriore peculiare forza di resistenza. Sulla questione e sul dialogo in materia tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, si possono vedere, tra gli altri, CELOTTO, 2003, p. 211 ss., ARRIGO, 1998, p. 193 ss. e, più ampiamente, CARTABIA, 1995. Quest'ultima autrice, in particolare, pur ritenendo, prima del Trattato di Amsterdam e con riferimento all'art. 118 A, par. 3, che non sia «forzato cogliere in questa precisazione [relativa alla compatibilità] l'idea che un eventuale miglioramento della tutela dei diritti sociali da parte degli Stati membri deve risultare in ogni caso subordinato alle finalità di integrazione economica perseguite dalla Comunità» (p. 58), inserisce però la sua osservazione proprio all'interno di una ricostruzione tendente a dimostrare la prevalenza, rispetto ai vincoli comunitari, del contenuto sostanziale inviolabile dei diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento costituzionale interno.

di grande rilievo giuridico, idoneo a guidare con maggiori certezze il percorso dell'interprete. Il che, come si dirà tra breve, traspare con evidenza proprio nella trattazione delle clausole di *favor*, la cui interpretazione, se ben effettuata alla luce delle conclusioni qui raggiunte, ci sembra in grado di contribuire alla definizione di un complessivo quadro sistematico chiaro e coerente.

5. - In effetti, tornando a considerare le clausole di *favor*, e più specificamente quella cristallizzata nell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato, si può senza dubbio asserire che la rilevata inclusione della finalità di «un elevato livello [...] di protezione sociale» tra gli obiettivi fondamentali della Comunità di cui all'art. 2, e l'emersione del predetto principio di tutela del lavoro producono conseguenze di rilievo anche sul piano della sua interpretazione.

5.1 - Va rilevato, in via preliminare, che in conseguenza di siffatta inclusione deve ritenersi che abbia assunto nuova luce anche la previsione secondo cui la Comunità e gli Stati membri hanno, tra gli altri, come obiettivo delle politiche sociali «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso» (v. già art. 117 e, poi, art. 136, co. 1, dopo il Trattato di Amsterdam); obiettivo al quale, come già sottolineato, ha fatto poi pieno riscontro la previsione di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino).

Sulla base del dato normativo risultante dall'insieme di queste norme, si può infatti affermare che l'impegno tanto della Comunità quanto degli Stati membri - nel porre in essere gli interventi previsti dall'art. 136, co. 1, nella prospettiva della generale finalità di garantire un'*adeguata* protezione sociale - deve essere *tendenzialmente* indirizzato a privilegiare la prospettiva del progresso (si noti, d'altronde, che l'art. 2 parla appunto di «*elevato* livello di protezione sociale», sembrando così includere anche la predetta prospettiva); onde viene espressamente sancito che, a fronte di una direttiva comunitaria in materia di politica sociale - la quale è volta a stabilire, come si è visto, mere *prescrizioni minime* - gli Stati membri hanno la *facoltà* di conservare le previsioni di miglior favore (o di introdurre in seguito trattamenti più vantaggiosi).

A questo riguardo non si può certo trascurare che l'art. 137 - con una *scelta realistica* e ben comprensibile, derivante dalla natura compromissoria del Trattato stesso - prefigura un'attuazione temperata dell'obiettivo 'parificazione nel progresso', prevedendo che le direttive finalizzate al perseguimento degli obiettivi di politica sociale della Comunità (nelle materie indicate dalla stessa disposizione, e ora dall'art. 137, par. 1, lett. *a-i*, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza), debbano contenere prescrizioni minime «applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro», evitando, altresì, «di imporre vincoli [...] di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese»¹⁰⁷⁵; norma che si muove in assonanza con il co. 2° dello stesso art. 136, secondo il quale, nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale, «la Comunità e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali [...] e della necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità». Leggendo la normativa predetta in senso speculare, si potrebbe asserire che il Trattato, pur individuando come obiettivo della Comunità il tendenziale riallineamento verso l'alto delle condizioni di protezione sociali -

¹⁰⁷⁵ Art. 137, par. 2 (ora art. 137, par. 2, lett. *b*); cfr. già art. 118 A, par. 2, nel testo precedente ad Amsterdam. Per una visione scettica, che sottolinea il rilievo di questi limiti all'azione comunitaria, v. - per tutti - TREU, 1992, p. 10 ss.; SANTONI, 1992, p. 670 s.; CARTABIA, 1995, p. 57 ss. Per spunti critici sull'ultimo dei limiti in questione, v., poi, APARICIO TOVAR, 1996, p. 572.

così, evidentemente, rigettando l'idea che le differenze regolative presenti nei vari Stati, rispetto alle varie materie volta a volta rilevanti, possano essere colmate prendendo a parametro i livelli più bassi di protezione rinvenibili tra le discipline interne degli Stati membri, ai fini di un riallineamento verso il basso¹⁰⁷⁶ – non si nasconde, tuttavia, che tale prospettiva possa talora risultare, anche per i motivi anzidetti, in conflitto con gli equilibri interni dei singoli Stati.

È per questo che, sul piano della stessa introduzione di una normativa in materia sociale – che di per sé costituisce sempre espressione del principio di tutela del lavoro fatto proprio dal Trattato –, viene comunque richiesto al legislatore comunitario di prevedere una gradualità del processo di integrazione ed armonizzazione, in funzione «delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro»; ed è altresì per questo che l'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), ammette, seppure implicitamente, che gli Stati membri possano anche definire regole regressive rispetto alle preesistenti tutele, una volta che l'approvazione di una direttiva abbia reso evidente che per il futuro sarà la regolazione da essa prevista a fungere da generale *standard* di trattamento entro i confini della Comunità; ma su questo aspetto si tornerà più oltre.

Tutto ciò riconosciuto, peraltro, non si può condividere la lettura secondo cui l'art. 137 – nella formulazione derivante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam – abbia comportato un'*attenuazione* della prospettiva di armonizzazione verso l'alto, rispetto a quanto previsto, con (specifico e limitato) riferimento alla sicurezza e alla salute dei lavoratori, dal vecchio art. 118 A, introdotto dall'Atto Unico del 1986¹⁰⁷⁷. Se è vero, infatti, che un simile esplicito riferimento manca invece nel testo dell'art. 137, è altrettanto vero che quest'ultimo, oltre a ribadire comunque – come s'è detto – la natura di «prescrizioni minime» delle misure assunte a livello comunitario, intende le stesse come strumenti per perseguire gli obiettivi di cui all'art. 136, i quali, per l'appunto, consistono nella «promozione dell'occupazione», nel «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione *nel progresso*», ecc.¹⁰⁷⁸; sì che, per queste ultime, risulta confermato l'impegno «ad una convergenza "verso l'alto", con allineamento [quantunque *tendenziale*, come s'è detto *supra*: n.d.a.] alle condizioni e normative migliori tra quelle esistenti negli Stati membri»¹⁰⁷⁹.

Tanto meno si può condividere l'affermazione secondo la quale l'*indebolimento* dell'obiettivo di armonizzazione verso l'alto delle tutele risulterebbe ulteriormente evidente «specie» dopo il Trattato di Nizza, poiché con esso, accanto al tradizionale strumento delle direttive, si è aggiunta la possibilità per il Consiglio di adottare misure destinate ad incoraggiare la cooperazione, «ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 137, par. 2, lett. *a*, come modif. dal Trattato di Nizza)¹⁰⁸⁰. Questa lettura trascura di dare il dovuto valore al fatto che siffatta possibilità per il Consiglio (già contemplata, sia pure

¹⁰⁷⁶ V., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, p. 203 ss.

¹⁰⁷⁷ DONDI, 2004, par. 3.

¹⁰⁷⁸ Né alcun rilievo può essere ascrivito, al fine di suffragare la sussistenza di un indebolimento della prospettiva pregressa (cfr. ancora DONDI, 2004, par. 3), alla previsione secondo cui l'azione comunitaria deve essere condotta tenendo conto delle condizioni e delle normative esistenti in ciascuno Stato e in modo da non imporre vincoli che ostacolino creazione e sviluppo di piccole e medie imprese; tali condizioni, come pure s'è già detto, erano infatti già presenti anche nel testo dell'art. 118 A.

¹⁰⁷⁹ POCAR, VIARENGO, 2001, p. 280 s.

¹⁰⁸⁰ Cfr. ancora DONDI, 2004, par. 3; ma v. già GIUBBONI, 2003, p. 148 ss. e p. 162 ss.

in termini diversi, nell'art. 137, par. 2, co. 3, nel testo risultante dal Trattato di Amsterdam; ma cfr. anche le competenze già attribuite alla Commissione dall'art. 5 dell'APS e, prima ancora, dall'originario testo dell'art. 118 del Trattato istitutivo) *si aggiunge alla*, e certamente *non sostituisce né sminuisce la*, strategia fondata sulle prescrizioni minime, che resta invece in piena forza per la gran parte delle materie sociali di competenza comunitaria (art. 137, par. 2, lett. *b*, come modif. dal Trattato di Nizza, che rinvia, come si è già accennato, alle materie di cui allo stesso art. 137, par. 1, lett. *a-i*).

In realtà, l'affermazione sopra riportata sembra riecheggiare quell'ottimistica, ma invero infondata, pretesa – notoriamente fatta propria nel *Libro bianco* del Governo italiano in carica¹⁰⁸¹ – di trasferire la tematica del *soft law* dalla mera definizione di obiettivi e comportamenti virtuosi in materia di occupazione, alla tematica delle tutele.

A questo riguardo, è noto come in materia di occupazione si vada consolidando a livello comunitario un tipo di intervento diverso rispetto al passato. Abbandonata la strada della normativa rigida e vincolante, si è fatto riferimento a forme di regolazione ispirate a modelli di *management by objectives*: si tratta, appunto, del c.d. *soft law*, ormai entrata largamente a far parte della riflessione scientifica sull'evoluzione delle politiche comunitarie in materia di occupazione, nonché sull'azione che ciascuno Stato deve sviluppare in relazione agli obiettivi di miglioramento della qualità e quantità dell'occupazione¹⁰⁸².

Se ciò è vero, occorre peraltro fare chiarezza su un aspetto determinante di tecnica normativa: la promozione dell'occupazione perseguita tramite la *soft law* non ha nulla a che vedere con una protezione dei lavoratori fondata su diritti e su garanzie. Le previsioni normative del diritto debole o mite sono volte, com'è noto, soltanto ad indicare la direzione verso la quale si auspica siano indirizzate (ed eventualmente si promuove si dirigano) scelte ed azioni dei soggetti, senza assumere la forma di una disciplina di carattere prescrittivo. Poiché, tuttavia, in materia di obblighi inerenti al rapporto di lavoro è indispensabile una tutela fondata essenzialmente su diritti e garanzie, è da escludere che si possa pensare ad un diritto del rapporto di lavoro incentrato sul *soft law*. Altro, poi, è il discorso se la norma lavoristica di tutela debba avere il carattere della inderogabilità assoluta o meno e se, nel caso di derogabilità, essa possa avvenire solo ad un livello collettivo, ovvero anche, o solo, ad un livello individuale; ma – val la pena di ribadirlo ancora una volta – il *soft law* non ha nulla a che vedere con una tutela fondata su diritti e garanzie, quale è quella che si rende necessaria nel rapporto di lavoro¹⁰⁸³; un aspetto, questo, che finalmente è stato evidenziato anche in un rapporto ufficiale destinato alla Commissione¹⁰⁸⁴.

Ecco perché, dunque, va rigettata una lettura riduttivistica della normativa del Trattato, quale risultante, appunto, dalle modifiche introdotte dai Trattati di Amsterdam e di Nizza, relativa all'azione comunitaria in materia sociale, e perché, invece, si deve piuttosto sostenere che i due interventi si muovono lungo un percorso evolutivo nel quale i nuovi strumenti di azione *si affiancano*, o meglio *aggiungono*, a quelli del passato (costruiti in termini di tutele nel rapporto), al fine

¹⁰⁸¹ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, diffuso nell'ottobre 2001.

¹⁰⁸² Sul tema v., anche per ulteriori riferimenti, TREU, 2001, p. 88 ss.; ROCCELLA, TREU, 2002, p. 131 ss. e p. 189-191; OLIVELLI, 2002; DELFINO, 2003; SCIARRA, 2004a, p. 288 ss.; GIUBBONI, 2004b, nonché i saggi raccolti in AA.VV., 2003.

¹⁰⁸³ CARABELLI, 2002; cfr. SCIARRA, 2004a, p. 290.

¹⁰⁸⁴ SCIARRA, 2004b, pp. 8-9 e 18 ss.

fronteggiare i nuovi bisogni derivanti dagli obiettivi di sviluppo occupazionale.

5.2 - L'evoluzione normativa appena descritta, oltre a confermare ulteriormente quanto sopra accennato, ci consente ancora di precisare che l'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), evidentemente riferibile alle sole normative di tutela del lavoro, deve essere considerata come una norma *implicitamente promozionale*, rivolta agli Stati membri affinché optino – allorquando la Comunità intervenga con una propria direttiva a disciplinare una determinata materia sociale di propria competenza – per la salvaguardia delle condizioni di miglior favore in funzione del perseguimento della 'parificazione nel progresso', così assecondando il perseguimento di «un elevato livello [...] di protezione sociale» che, come si è sottolineato più sopra, è ormai divenuto una delle finalità fondamentali della Comunità stessa. Ed ecco perché risulta confermato che da tale regola promozionale – significativamente divenuta generale dopo la sua *traduzione* direttamente nell'ambito dell'art. 137 e, come tale, destinata ormai a valere per tutte le materie sociali di competenza comunitaria – emerge un *favor* dell'ordinamento comunitario nei confronti della conservazione dei trattamenti di miglior favore, pur senza che sia imposta alcuna irriformabilità *in pejus* della normativa di tutela.

Quanto appena sostenuto non significa (ancora), si badi bene, affermare, ribaltando la prospettiva, che, a fronte della predetta disposizione del Trattato, l'eventuale arretramento protettivo da parte dello Stato membro sia stato ammesso esclusivamente come una deviazione rispetto alla conservazione dei miglioramenti più vantaggiosi, *possibile* in quanto tale, ma soltanto in via di mera *eccezione*: come si dirà tra breve è solo con le clausole di non regresso che si è varcata la soglia di questa inversione, poiché il loro obiettivo è stato proprio quello di introdurre un vincolo di tal fatta in capo agli Stati membri.

Su questo aspetto, riguardante più specificamente l'interpretazione delle clausole di non regresso, si tornerà ampiamente più avanti. Al momento preme invece osservare come, collegando tra loro i vari tasselli della riflessione fin qui sviluppata – e cioè, *da un lato*, rammentando i significativi risultati dell'evoluzione del giurisprudenza della Corte di giustizia ricostruita nel par. 4.1); *dall'altro*, prendendo atto del fatto che, per effetto dell'evoluzione della normativa comunitaria, l'obiettivo di protezione sociale risulta ormai *equiordinato* ai più tradizionali obiettivi di politica economica della Comunità, di modo che di fronte delle tradizionali libertà economiche comunitarie si pone oggi un principio generale di *tutela del lavoro*, il quale inietta di corrispondente forza anche l'azione degli Stati membri su questo piano, di cui si è trattato nel par. 4.2); *dall'altro* ancora, convenendo sulla coerenza di questi sviluppi con la prospettiva della armonizzazione verso l'alto dei sistemi nazionali di tutela del lavoro, evidenziata nel par. 5.1) – ne risulterà inevitabilmente incisa anche l'interpretazione dell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), e specificamente del riferimento ivi contenuto alla '*compatibilità*' con le libertà fondamentali del Trattato di una normativa interna di miglior favore rispetto a quella fissata da una direttiva comunitaria.

In questa prospettiva, del resto, un significativo rilievo assume, ancora una volta, la giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla cui lettura può trarsi conferma di quanto sin qui argomentato.

Al riguardo, di primario interesse risulta anzitutto la già citata sentenza *Finalarte*¹⁰⁸⁵, nella parte in cui tratta il problema della durata delle ferie retribuite. In questa pronuncia, infatti, la Corte di

¹⁰⁸⁵ Cit. *supra*, par. 4.1.

Giustizia ha risposto negativamente alla questione, posta dal giudice nazionale, se la normativa interna di miglior favore vigente in Germania «sia sproporzionata, tenuto conto, da un lato, che l'obiettivo d'interesse generale che essa persegue è già salvaguardato» dalla dir. n. 93/104 (adottata sulla base del citato art. 118 A) «e, dall'altro, che essa prevede un periodo di ferie retribuite superiore a quella prevista da tale direttiva».

Nel fornire la propria risposta negativa la Corte ha evidenziato che la direttiva contiene «solo prescrizioni minime» (come si evince anche dal suo art. 15, che consente agli Stati membri di applicare od introdurre disposizioni più favorevoli¹⁰⁸⁶) e che «spetta quindi a ciascuno Stato membro determinare la durata delle ferie retribuite necessarie nell'*interesse generale*» (corsivo nostro). Inoltre, la stessa Corte ha osservato che, avendo il legislatore nazionale «determinato che un periodo di ferie [più elevato rispetto allo *standard* imposto a livello comunitario] è necessario per la tutela sociale dei lavoratori [...], gli artt. 59 e 60 [ora 49 e 50] del Trattato non ostano in via di principio al fatto che uno Stato membro estenda tale livello di tutela ai lavoratori distaccati da prestatori di servizi con sede in altri Stati membri» (punti 55-58)¹⁰⁸⁷.

Si tratta, dunque, come si può intuire già ad una prima lettura, di una pedissequa applicazione dei principi tratti nella precedente parte di questo saggio dalla pluriennale giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione e di concorrenza, direttamente applicati però, questa volta, ad un caso in cui vi era, al fondo della questione, la presenza di un intervento di armonizzazione *positiva* della Comunità: la Corte, infatti, è stata chiamata direttamente a giudicare – al fine di formulare il giudizio di 'compatibilità' con il Trattato, richiesto ai sensi dall'art. 118 A, par. 3 – una normativa lavoristica interna di miglior favore rispetto a quella contenuta in una direttiva disciplinante la materia, indistintamente applicabile a tutti gli operatori economici '*interni*' ed '*esterni*'. Ed al riguardo le è stato esplicitamente richiesto di valutare se la sua estensione anche ai lavoratori distaccati da prestatori di servizi con sede in altri Stati membri fosse da considerare o meno 'proporzionata'.

Merita di essere sottolineato che l'apertura della Corte al richiesto giudizio di proporzionalità, per quanto sfumata, risulta (oltre che dall'esplicita richiesta formulata dal giudice remittente) dall'utilizzo dell'espressione «non ostano in via di principio»; e d'altronde la Corte si è premurata di precisare che al giudice nazionale spetta in ogni caso verificare se, *a fronte dell'estensione a quei lavoratori* del diritto a ferie retribuite (indipendentemente dal suo *quantum*), siano rispettate le seguenti condizioni: «da una parte, [che] i lavoratori non beneficino di una tutela sostanzialmente equivalente in forza della normativa dello Stato membro in cui ha sede il loro datore di lavoro, di modo che l'applicazione della normativa nazionale del primo Stato membro attribuisca loro un effettivo vantaggio che contribuisce, in maniera significativa, alla loro tutela sociale, e, dall'altra, che l'applicazione di tale normativa del primo Stato membro sia proporzionata all'obiettivo di

¹⁰⁸⁶ Per un ulteriore, recente, richiamo a questa disposizione cfr. Corte giust. com. eur. 18 marzo 2004 (C-342/01, *María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA*), nella quale la Corte ha affermato che il principio di non sovrapposibilità tra ferie annuali e congedo di maternità (principio espresso nella medesima pronuncia) vale anche con riferimento al periodo di ferie annuali che lo Stato membro abbia fissato in aggiunta al periodo minimo previsto dalla direttiva n. 93/104 (punti 42-45).

¹⁰⁸⁷ È il caso di ricordare che la Corte ha emesso pronuncia senza considerare le previsioni della dir. n. 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, poiché il termine per la sua trasposizione non era decorso all'epoca dei fatti delle cause principali.

interesse generale perseguito»¹⁰⁸⁸.

Ciò posto, ulteriori, utili elementi di riflessione si ricavano dalla sentenza data nel caso *Borsana* (da cui, d'altro canto, si è partiti nel condurre questa parte della nostra ricerca: *supra*, par. 3), nella quale il giudice comunitario ha dovuto pronunciarsi direttamente sulla richiesta di un operatore economico 'interno' di valutare la legittimità di una norma interna italiana (l'art. 62 del d.lgs. n. 626/1994), la quale obbliga il datore di lavoro a ridurre l'esposizione dei lavoratori ad un agente cancerogeno a prescindere dalla valutazione del rischio (come invece previsto dall'art. 5 della dir. n. 90/394). In questa pronuncia¹⁰⁸⁹, lo si ricorda, la Corte ha affermato la compatibilità con il Trattato di una siffatta disposizione, seguendo un procedimento interpretativo (cui si è in parte già fatto riferimento in precedenza, ma che vale la pena di richiamare per chiarezza espositiva), nel quale è stato messo in risalto:

- in primo luogo, che la direttiva fissa unicamente «prescrizioni minime», onde «gli Stati membri sono autorizzati ad adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell'intervento comunitario»¹⁰⁹⁰ (come d'altronde confermato al par. 3 dell'art. 118 A), e che effettivamente una disposizione nazionale che rafforza l'obbligo di cui all'art. 5 della direttiva va considerata come norma volta a garantire una tutela di miglior favore (punti 35, 36-37);
- in secondo luogo che una siffatta disposizione nazionale «si applica in modo non discriminatorio e non ostacola l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato» (punto 38);
- in terzo luogo che, «trattandosi di una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro compatibile con il Trattato e quindi dell'esercizio da parte di uno Stato membro delle competenze che continua a detenere in base all'art. 118 A, par. 3, del Trattato, non spetta alla Corte pronunciarsi sul rispetto, da parte di tale normativa e delle sanzioni che la accompagnano, del principio di proporzionalità» (punto 40).

Orbene, ove si confrontino le argomentazioni del caso *Finalarte* con quelle del caso *Borsana*, si potranno agevolmente trarre alcune conclusive indicazioni a convalida della nostra complessiva ricostruzione.

Anzitutto nella sentenza *Finalarte* vengono ribadite, da un lato, la riconducibilità della normativa di tutela lavoristica all'interesse generale e, dall'altro, l'esigenza di un giudizio di proporzionalità rispetto all'applicazione della disciplina nazionale ad operatori economici 'esterni'; il tutto secondo un processo interpretativo che, come si è visto, è stato già seguito dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza esaminata in precedenza. Parallelamente, nella sentenza *Borsana*, dove il ricorrente nella causa principale era un operatore 'interno', l'assertoria affermazione della 'compatibilità' con il Trattato di una disciplina interna di tutela lavoristica migliorativa di quella fissata da una direttiva, e l'esplicita esclusione del giudizio di proporzionalità, confermano – anche rispetto a tale ipotesi – quanto sopra argomentato in relazione alla presupposta 'compatibilità' con le libertà del Trattato di normative nazionali di tutela lavoristica emanate in mancanza di una normativa comunitaria della materia.

¹⁰⁸⁸ In genere, sulla competenza del giudice nazionale, val la pena rinviare ancora a quanto detto nelle nt. 43 e 45.

¹⁰⁸⁹ Sulla quale si v. anche le considerazioni di MOIZARD, 1999, p. 918 ss.

¹⁰⁹⁰ Sul punto la sentenza richiama la già citata Corte giust. com. eur. 12 novembre 1996 (C-84/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio*), punto 17 (v. *supra*, par. 2 e, *ivi*, nt. 19).

Ed è quasi superfluo segnalare che quanto argomentato dalla Corte sulla base dell'art. 118 A può essere automaticamente proiettato sull'attuale generale norma dell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino).

6. - Tirando le somme dell'intero discorso fin qui svolto può dunque alla fine ritenersi confermato, *anzitutto*, che qualsiasi normativa interna di tutela lavoristica (sia essa operante in assenza di una disciplina comunitaria della materia, sia essa migliorativa rispetto a uno *standard* fissato da una direttiva) la quale, in quanto indistintamente applicabile, estenda la sua efficacia ad operatori '*esterni*' che svolgano la propria attività sul territorio dello Stato membro che l'ha adottata, sarà assoggettabile (proprio per questa sua espansione verso soggetti esterni) alla predetta verifica di proporzionalità, da effettuare comunque secondo i rigorosi canoni elaborati dalla Corte medesima.

Per altro verso, resta parimenti confermato che qualsiasi normativa interna di tutela lavoristica (sia essa operante in assenza di una disciplina comunitaria della materia, sia essa migliorativa rispetto a uno *standard* fissato da una direttiva), costituisce sempre, per quanto detto più sopra, espressione di un «interesse generale» dello Stato membro, oltre ad essere di per se stessa attuativa del principio comunitario di tutela del lavoro (nonché, nel caso risulti migliorativa della normativa di una direttiva, anche del programma comunitario di «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso»): nei suoi confronti dunque nessun operatore '*interno*' potrà invocare un giudizio di proporzionalità, al fine di farne dichiarare la non 'compatibilità' con il Trattato, per contrasto con una delle libertà economiche fondamentali¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹¹ Analogo esito avrebbe l'eventuale – anche se, invero, assai poco probabile – rivendicazione di un operatore esterno, il quale, invece che addurre la violazione delle libertà di circolazione di cui si è detto nel par. 4.1 (così provocando l'apertura di un giudizio di proporzionalità), lamentasse che la normativa di tutela lavoristica dello Stato in cui intende esercitare una propria attività, risulta limitativa della propria libertà concorrenziale nei confronti di soggetti operanti in un terzo Paese.

Diverso è il problema di quali ulteriori conseguenze sul fronte interno possano derivare da un'eventuale sentenza della Corte di giustizia la quale rendesse inapplicabile ad un operatore esterno una normativa interna di tutela lavoristica che non superi il giudizio di proporzionalità, lasciando, invece, l'operatore interno assoggettato ad essa. In tal caso, infatti, guardando al nostro Paese, sarebbe ipotizzabile un successivo intervento della Corte costituzionale volto ad accertare la (sopravvenuta) violazione, da parte di quella normativa, del principio di uguaglianza e della libertà di iniziativa economica, nella misura in cui essa si applichi ormai *solo* agli operatori interni e non più anche a quelli esterni che comunque svolgano la loro attività nel territorio dello Stato (c.d. discriminazione a rovescio)? Ebbene, l'inaffidabilità di una pronuncia di illegittimità costituzionale di questo tipo appare invero palese, ove si tenga conto del fondamento costituzionale (art. 35 Cost.), che è sempre sotteso ad una normativa interna tutela lavoristica: la presenza di tale fondamento costituzionale rende, infatti, ben giustificabile (evidentemente in termini di ragionevolezza) la differenza di trattamento derivante dal fatto che la medesima normativa sia divenuta, a causa della sentenza della Corte di giustizia, inapplicabile agli operatori esterni. Tale principio è d'altronde direttamente derivabile dalla sentenza n. 443 del 1997 della Corte Costituzionale.

A questo riguardo di particolare interesse appaiono le riflessioni di GHERA FED., 2003, p. 221 ss., spec. p. 254 ss., dove l'autore esamina questa sentenza della Corte, con la quale è stata dichiarata incostituzionale una norma interna (l'art. 30, l. 4 luglio 1967, n. 580) la quale imponeva limiti qualitativi alla produzione di paste alimentari, rimasti applicabili solo ai produttori interni a causa di una sentenza della Corte di giustizia (Corte giust. com. eur. 14 luglio 1988 (90/86, c.d. caso *Paste alimentari*), cit.), che li aveva ritenuti limitativi della libertà di circolazione dei beni. L'autore, riflettendo sulla pronuncia della Corte, rileva come un siffatto contrasto con il principio di uguaglianza non sarebbe comunque concepibile: 1) anzitutto, quando si sia in presenza di una esigenza di tutela del c.d. «nucleo duro» dei principi costituzionali, la quale, anzi, consentirebbe addirittura una 'ri-espansione' del campo di applicazione soggettivo della normativa, e cioè una sua 'ri-estensione' anche agli operatori esterni, nonostante la pronuncia della Corte di giustizia; 2) in secondo luogo, quando la normativa restrittiva della libertà di impresa si fondi su un valore costituzionale non qualificabile come fondamentale ma che si riveli «particolarmente stringente», al punto da richiedere il sacrificio del principio della parità di concorrenza

In conclusione è opportuno ancora evidenziare che la lettura qui proposta non è affatto contraddetta da una recente sentenza¹⁰⁹², la quale, a prima vista, potrebbe indurre a ritenere che la Corte abbia inteso modificare il proprio orientamento. La pronuncia è stata emessa con riferimento alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 18/1999, con il quale è stata recepita, in Italia, la dir. n. 96/67 (relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità). In particolare, l'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999 impone - tra l'altro - che, ogniqualvolta vi sia un «trasferimento di attività» concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati del decreto stesso, sia assicurato il passaggio del personale dipendente dal precedente prestatore del servizio al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo¹⁰⁹³.

Orbene, la Corte ha ritenuto che la normativa italiana si pone in contrasto con la dir. n. 96/67 in quanto la tutela con la prima assicurata «pregiudica la finalità perseguita da tale direttiva, cioè l'apertura dei mercati interessati e la creazione delle condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria in questo settore» (punto 35 della sentenza). Detta normativa, infatti, «renderebbe oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore» (punto 33), e ciò andrebbe oltre quanto (pur) consentito dall'art. 18 della medesima

tra imprese concorrenti, di modo che la Corte costituzionale sia tenuta a conservare in vigore la normativa interna «nei confronti delle sole merci nazionali, così dando preferenza, nel bilanciamento con tale principio, all'altro valore costituzionale in gioco» (questo è in verità l'unico principio direttamente derivante dalla citata sentenza della Corte costituzionale, punto 6, da cui si ricava, appunto, che la dichiarazione di incostituzionalità è la sola alternativa praticabile «in assenza di altre ragioni giustificative costituzionalmente fondate»); 3) infine, in tutti i casi in cui il giudizio di proporzionalità ha avuto esito negativo perché la norma italiana è risultata incompatibile con il principio della libera circolazione delle merci non «in quanto non sorretta da alcune delle ragioni che, ai sensi dell'art. 30 del Trattato CE – salute pubblica, ordine pubblico, buon costume etc. – giustificano limitazioni a tale principio», ma perché, pur essendo sorretta da una di queste ragioni, «la normativa dello Stato di origine del prodotto, con diverse modalità, raggiunge il medesimo obiettivo di quella nazionale» (alle pp. 101-103, l'a. parla anche di «norme che tutelano in modo equivalente (o comunque idoneo) quel tipo di esigenza»); va notato che l'a. deriva il limite di cui al punto 3 dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia in tema di libera circolazione dei servizi – come in effetti si è rilevato *supra*, testo e nt. 69 – estendendolo alla libera circolazione delle merci; va osservato, peraltro, che rispetto a quest'ultima non risulta che la Corte lo abbia mai esplicitamente formulato in quanto tale).

Tenendo conto di queste considerazioni, si può dunque affermare che - a parte il problema della riconducibilità di molti dei diritti che l'ordinamento riconosce in capo ai lavoratori a norme costituzionali che stabiliscono diritti fondamentali della persona (cfr., *supra*, nt. 86) – nel nostro Paese le normative lavoristiche trovano sempre, come si è sopra accennato, un loro diretto fondamento costituzionale di rilievo superiore nell'art. 35 Cost. («la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni»), la cui diretta connessione con il principio dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., giustifica comunque la conservazione in vita della normativa nazionale di tutela lavoristica, sia pure in quanto applicabile soltanto agli operatori interni. E tale considerazione rende, a ben vedere, superflua la pur vera osservazione secondo cui, qualora la Corte di giustizia dichiarasse l'inapplicabilità agli operatori esterni di una normativa interna di tutela lavoristica per contrasto con la libera circolazione di servizi, sul presupposto che quegli operatori siano assoggettati a corrispondenti normative interne di tutela, ci si troverebbe di fronte alla terza delle situazioni prospettate dall'autore sopra citato.

¹⁰⁹² Corte giust. com. eur. 9 dicembre 2004 (C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*).

¹⁰⁹³ Più precisamente, l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, prevede che «nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore» (co. 1°) e che «salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo» (co. 2°).

direttiva agli Stati membri¹⁰⁹⁴, al fine di «garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra» (in tal senso si esprime il *Considerando* n. 24 della dir. n. 96/67).

Come si può vedere, il giudice comunitario - sollecitato questa volta a pronunciarsi non direttamente sulla compatibilità di una normativa lavoristica nazionale con una delle libertà fondamentali previste dal Trattato, bensì sulla conformità di tale normativa alle specifiche finalità perseguite da una direttiva (sia pure in attuazione di previsioni del Trattato fondanti alcune di quelle libertà: nel caso di specie, artt. 7 A, 59 e 61, ora art. 14, 49 e 51¹⁰⁹⁵) - non ha ritenuto di seguire l'*iter* argomentativo maturato e consolidatosi, come si è visto, nel corso degli anni, intervenendo invece a valutare in modo estremamente più restrittivo l'incidenza limitativa che la disciplina interna era in grado di esercitare sulla perseguita liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra.

A parte ogni osservazione sull'asserita idoneità di quella specifica norma interna di tutela a impedire la realizzazione degli obiettivi perseguiti con la direttiva, in questa sede preme invece osservare che, proprio la specificità dell'obiettivo perseguito da quest'ultima, rispetto alle generiche libertà economiche, rende comprensibile, in fin dei conti, l'atteggiamento della Corte; tanto più se si considera che proprio l'art. 18, dir. n. 96/67, da un lato, prevede che «gli Stati membri *conservano* il potere» (cfr. punto 31 della sentenza) di adottare «le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori» e, dall'altro, stabilisce però espressamente che, nell'emanazione di dette misure, deve essere comunque «fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva» e, naturalmente, devono essere rispettate le «altre disposizioni del diritto comunitario».

In altre parole, a differenza della casistica sin qui esaminata, la questione posta alla Corte concerne una fattispecie nella quale il legislatore comunitario ha già ritenuto di effettuare direttamente una ponderazione dei valori in campo, in modo da evitare che, con riferimento a questa particolare attività, la tutela dei lavoratori potesse prevaricare l'obiettivo economico perseguito (liberalizzazione dei servizi). Ed è sulla base di questa premessa che nella sentenza si è infatti dichiarato che l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999 ha introdotto «una misura sociale incompatibile [non con il Trattato, bensì] con l'art. 18 della direttiva 96/67» (punto 52).

In definitiva, nel caso di specie, è la stessa direttiva ad avere operato un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nelle vicende oggetto di specifica disciplina ed optato per una precisa scala di priorità nei valori da tutelare, stabilendo quali, tra essi, non debbano comunque essere compromessi¹⁰⁹⁶. Pertanto, il compito interpretativo della Corte - in sede di giudizio, emesso ai sensi degli artt. 226 ss. del Trattato, sulla conformità alla direttiva di una normativa nazionale - è rimasto limitato alla verifica della loro effettiva lesione. Anche se va sottolineato che queste considerazioni non ostano, in linea di principio, a che il giudice comunitario (in questo, come in casi

¹⁰⁹⁴ Art. 18, dir. n. 96/67: «Fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente».

¹⁰⁹⁵ In quanto richiamati dai *Considerando* della stessa direttiva.

¹⁰⁹⁶ Ecco perché, come si è sopra accennato (v. nt. 74), si tratta di una situazione comparabile con quella rilevata in relazione alla dir. n. 96/71.

analoghi) possa pur sempre essere chiamato – in una diversa prospettiva e con diversa procedura (artt. 230 ss.) – ad esercitare un controllo sulla legittimità della direttiva stessa, valutando proprio se il bilanciamento e la scelta di priorità in essa effettuati, questa volta dal legislatore comunitario, siano conformi al Trattato¹⁰⁹⁷.

Piuttosto, merita ancora di essere segnalata la risposta data dalla Corte alla questione, posta dalla difesa dello Stato italiano, della riconducibilità della tutela assicurata dalla norma nazionale alla direttiva comunitaria sul trasferimento d'azienda (v. ora dir. 2001/23).

Sul punto, è bene precisarlo, il giudice comunitario non ha invero escluso che - ove nella singola e concreta situazione ricorra effettivamente un trasferimento d'azienda ai sensi della predetta direttiva, come già interpretata dallo stesso giudice - le tutele di cui alla dir. n. 2001/23 debbano pur sempre essere applicate, anche nel campo disciplinato dalla dir. n. 96/67 (v. punti 38-41 della sentenza), di modo che può dirsi che, nel rapporto tra le finalità delle due direttive, quelle perseguite dalla prima sono state valutate, implicitamente, come prevalenti rispetto a quelle selezionate dalla seconda. La Corte, invece, ha solo ritenuto che «il concetto di trasferimento» presupposto dalla norma interna, riferendosi a «ogni trasferimento di attività» nel settore in questione, indipendentemente dalle caratteristiche dell'operazione, «eccede manifestamente quello stabilito dalla direttiva 2001/23, come è stato interpretato dalla Corte» stessa.

Si deve tuttavia rilevare che, con questo argomentare, la Corte, non ha tenuto in alcun conto il fatto che proprio in quest'ultima direttiva si rinviene una clausola di *favor* - che neppure viene citata nella sentenza (come, del resto, nelle conclusioni dell'avvocato generale) - la quale consente allo Stato membro di «applicare o di introdurre disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori» (art. 8, dir. n. 2001/23, ma v. già art. 7, dir. n. 77/187), evidentemente in conformità - come più volte detto - di quanto previsto dall'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato. E ciò, ad avviso di chi scrive, avrebbe dovuto indurre quantomeno ad una più complessa e ponderata valutazione circa la riconducibilità o meno della norma interna ai trattamenti di *miglior favore* consentiti dalla normativa comunitaria (ed è questa la ragione per cui, per comodità espositiva, si è ritenuto opportuno trattare della pronuncia in questione in questa parte del presente saggio). Al di là della conclusione concreta che si sarebbe potuto raggiungere nel caso di specie¹⁰⁹⁸, non ci si può infatti nascondere che l'ampliamento della nozione stessa di trasferimento potrebbe rappresentare uno dei possibili modi in cui il legislatore nazionale può prevedere «disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori»; il che, del resto, nell'esperienza italiana è già accaduto, ad esempio, in materia di licenziamenti collettivi¹⁰⁹⁹, nonché, più problematicamente, anche in materia di

¹⁰⁹⁷ In generale, sulla competenza della Corte a giudicare della legittimità degli atti comunitari, v., per tutti, TESAURO, 2003, p. 215 ss.; BALLARINO, 2001, p. 146 ss.; POCAR, 2001, p. 230 ss.

¹⁰⁹⁸ La Corte, come detto in testo, parla espressamente di un «concetto di trasferimento [...] eccedente rispetto a quello» di cui alla dir. n. 2001/23. Ma al riguardo cfr. GHERA, 2001, p. 145, secondo il quale la continuità nei contratti di lavoro prevista dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999 è «analoga ma non identica a quella prevista dall'art. 2112 c.c. per i casi di trasferimento di azienda», poiché tale continuità si concretizza, «anziché in una successione nel contratto di lavoro, [...] in un obbligo di assunzione del personale trasferito (e dunque in una specie di obbligo a contrarre a carico del nuovo gestore).

¹⁰⁹⁹ Cfr. gli artt. 4 e 24 della L. n. 223 del 1991, che, incidendo anche sui limiti quantitativi e temporali previsti dalla dir. n. 98/59, hanno ampliato la definizione di licenziamento collettivo, utile ai fini dell'applicazione delle tutele previste in tale direttiva (cfr. CARABELLI, 2001a, p. 121 ss., spec. p. 135 e p. 159).

trasferimenti d'azienda¹¹⁰⁰.

7. – Passando ora a trattare più specificamente delle clausole di non regresso, sia ancora consentito di ribadire, in via preliminare, che il principio di *favor* di cui si è fin qui trattato, per il modo stesso in cui è stato formulato, e cioè in termini di *facoltà* dello Stato membro di conservare o introdurre discipline di miglior favore, *implicitamente* finisce per riconoscere il potere modificativo *in pejus* delle discipline protettive già in vigore (ovviamente nei limiti di quanto consentito dalla disciplina prevista dalla specifica direttiva): tale possibilità, in altre parole, viene non 'esplicitamente ammessa', ma 'implicitamente non esclusa'. Questa osservazione, apparentemente scontata, serve, al contrario, per segnalare l'importanza delle clausole di non regresso, le quali - pur trovando anch'esse fondamento negli artt. 136 s. del Trattato (poiché rappresentano un efficace strumento di perseguimento del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro con la 'parificazione nel progresso') - sembrerebbero però perseguire, come già accennato in apertura proprio l'obiettivo di escludere (sempre in linea generale, lo si ribadisce) un siffatto potere di peggioramento regolativo.

In effetti, le clausole di non regresso si sono mosse, sin dalla loro comparsa, in una prospettiva congruente con quella implicita nelle clausole di *favor*, che hanno trovato nell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato la loro espressione generale. Come si è visto in precedenza, un *Considerando* introduttivo della direttiva n. 89/391, richiamando l'attenzione sul fatto che essa non potesse giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione già raggiunti in ciascuno Stato membro, creava un chiaro e stretto rapporto tra questa affermazione e l'obiettivo di promuovere il miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'*armonizzazione nel progresso*¹¹⁰¹. E, in linea generale, si può affermare che tale caratterizzazione è stata conservata¹¹⁰² anche quando, a partire dal 1992 (dir. 92/95) (ed in significativa coincidenza con il più ampio sviluppo che la politica sociale ha assunto - sia pure, all'epoca, all'interno del ben noto sistema del *doppio binario*

¹¹⁰⁰ Cfr. art. 32, co. 1°, d.lgs. n. 276/2003, che ha sostituito l'art. 2112, co. 5, del codice civile, prevedendo che le disposizioni di tale articolo (e, quindi, anche le tutele in esso previste) «si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, *identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*», rispetto al requisito della preesistenza che si ritiene derivare dalle sentenze della Corte di giustizia (per rinv. v., da ultimi, NOVELLA, VALLAURI, 2005, par. 3.2). In realtà, non può negarsi che tale previsione (che di fatto incide, appunto, sulla nozione di trasferimento), la quale risulta apparentemente estensiva della tutela individuale (nonché, eventualmente, di quella collettiva) in presenza di operazioni di cessione di attività, possa rivelarsi invero svantaggiosa per i lavoratori, fornendo anzi, secondo alcune letture, uno strumento idoneo al compimento di spregiudicate operazioni imprenditoriali di esternalizzazione (per i necessari rinv. alle diverse posizioni sul punto v., ancora, NOVELLA, VALLAURI, 2005), esaltando, così, quella «eterogenesi dei fini» che, come da tempo segnalato dalla dottrina, ha investito la (più generale) disciplina del trasferimento di azienda (v., per tutti, DE LUCA TAMAJO, 2002, p. 20 ss.).

¹¹⁰¹ Cfr. *supra*, par. 1.

¹¹⁰² Anche la Corte di giustizia si è mostrata consapevole del fatto che la clausola di non regresso si muove nella «medesima direzione» delle clausole di *favor* ed ha sottolineato la consonanza di entrambi gli strumenti con la prospettiva di cui all'art. 118 A (nel testo vigente all'epoca della pronuncia): v. Corte giust. com. eur. 12 novembre 1996 (C-84/94), cit., spec. punto 42. In dottrina v. LECCESE, 2001, p. 204 ss.; DELFINO, 2002, p. 499 s.; GAROFALO L., 2004, p. 47 ss.; FERRANTE, 2004, par. 7; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 33 s. e p. 122 s. (i quali, peraltro, paiono sovrapporre principio di non regresso e principio di *favor*, che, viceversa, come qui si è cercato di argomentare, vanno collocati su piani differenti). La posizione della Corte (nonché quanto precisato in testo circa la diretta derivazione della clausola di non regresso dall'attuale art. 136) è trascurata da chi afferma che l'attribuzione di un'efficacia giuridica alle clausole di non regresso sarebbe da escludere poiché non è «plausibile che esse esprimano un principio che non trovi puntuale riscontro nel Trattato (pena uno sviamento di potere)» (DONDI, 2004, spec. par. 3 e parr. 5-6).

- con la sottoscrizione dell'APS), esse sono divenute parte integrante del testo normativo di numerose direttive, nonché di accordi raggiunti fra le parti sociali a livello comunitario ed attuati mediante direttive (v. artt. 138-139 e 249 del Trattato), pur continuando talora ad apparire anche, o solo, in uno dei *Considerando*, nonché frequentemente accompagnandosi, come già accennato, a clausole di *favor*¹¹⁰³.

Pur tuttavia, riguardo alle clausole di non regresso si devono segnalare alcune peculiarità di rilievo, in grado di fornirci importanti chiavi di lettura ai fini della loro interpretazione.

La prima di esse è che se, com'è noto, gli Stati membri, in forza dell'art. 249 del Trattato CE, sono in generale vincolati, in presenza di una direttiva, a dare ad essa attuazione nei suoi obiettivi regolativi («il risultato da raggiungere»), tanto le clausole di non regresso quanto le clausole di *favor* attengono invece, più specificamente, ai *poteri regolativi* interni del singolo ordinamento rispetto alla materia disciplinata dalla direttiva¹¹⁰⁴. Tale affinità funzionale non deve tuttavia trarre in inganno, dato che i due tipi di clausole si differenziano comunque profondamente sotto un profilo: l'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), proprio per il fatto di riconoscere agli Stati membri una *facoltà* (di conservazione dei trattamenti di miglior favore), fonda, infatti, su base *volontaristica* la conservazione o introduzione, da parte dei singoli Stati membri, di discipline di miglior favore; laddove le clausole di non regresso parrebbero imporre (almeno a prima vista, sulla base della loro formulazione letterale) ad essi un *divieto* di modificare *in pejus*, in sede di attuazione di una direttiva, le discipline di miglior favore che eventualmente fossero già vigenti; talora, anzi, si è sostenuto che esse sarebbero in grado di fondare, addirittura, un vincolo permanente di *irreversibilità* o *immodificabilità* regolativa *in pejus*, o se si preferisce di un obbligo di *stand still*¹¹⁰⁵.

Un secondo aspetto da rilevare è che, mentre le clausole indicative del *favor* del legislatore comunitario per la salvaguardia delle condizioni nazionali di miglior favore, dopo una fase storica durante la quale sono comparse solo nell'ambito di direttive sociali, hanno poi conosciuto una sorta di 'sublimazione' (trovando alla fine, come già detto, una loro collocazione nell'art. 137 del Trattato nel testo successivo ad Amsterdam), come norma di portata generale in materia sociale, per le clausole di non regresso non si è, invece, verificata un'analogica vicenda. Nonostante, come si è già precisato in precedenza, fossero ormai entrate nell'uso del legislatore comunitario già a partire dal 1989, esse non hanno subito nessuna 'sublimazione' di quel tipo, né in occasione dell'APS del 1991, né in occasione del Trattato di Amsterdam, né infine in occasione del Trattato di Nizza. Tali clausole hanno, dunque, continuato a fare la loro comparsa esclusivamente nell'ambito di direttive sociali, nei termini anzidetti, rimanendo nella disponibilità del legislatore comunitario (o anche delle stesse parti sociali, ove la direttiva derivi dal dialogo sociale) di decidere, volta a volta, se introdurre o meno, nel disciplinare una determinata materia, una clausola di non regresso.

Ciò implica alcune immediate conseguenze di tipo giuridico. Anzitutto, mentre l'assenza in una direttiva sociale di una clausola di *favor* non esclude affatto l'applicazione del principio di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), viceversa, la mancanza in una direttiva sociale (e/o nell'accordo cui essa dà attuazione) di una clausola di non regresso non permette

¹¹⁰³ Per i necessari riferimenti, v. le direttive e gli accordi citati al par. 2.

¹¹⁰⁴ Cfr. quanto detto nell'introduzione al presente lavoro.

¹¹⁰⁵ In tal senso, in linea generale, GAROFALO L., 2004, p. 47 ss.

assolutamente di dedurla dai principi del Trattato. In secondo luogo, mentre la presenza dell'art. 137 vincola indubbiamente l'interprete a leggere comunque le eventuali clausole di *favor* alla luce della pertinente disposizione del Trattato (e specificamente del principio di compatibilità in essa contenuto), la quale assurge, sostanzialmente, a referente obbligato per la loro esegesi (rendendo, ormai, di fatto, superflua la reiterazione della stessa clausola nella singola direttiva), viceversa, per quanto riguarda le clausole di non regresso, la mancanza di una analoga previsione nel Trattato impone all'interprete una interpretazione puntuale e specifica, non potendosi escludere, quanto meno in linea di principio, la possibilità di una loro differente portata.

In stretta connessione con quanto appena osservato, va detto che, in effetti, le clausole di non regresso non hanno tutte la medesima formulazione, potendosi individuare almeno due modelli: da un lato quelle che, sulla falsariga della clausola contenuta nei *Considerando* della direttiva n. 89/391, stabiliscono semplicemente che l'attuazione della direttiva non può giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione presenti in ciascuno Stato membro (per il momento, ai fini del discorso qui svolto, è sufficiente utilizzare questa descrizione assai generica; nel prosieguo definiremo queste clausole come 'clausole del primo modello'); dall'altro lato quelle che, in aggiunta a questa previsione, fanno salvo il diritto degli Stati membri di stabilire, alla luce dell'evoluzione della situazione, 'disposizioni diverse' (espressione che riteniamo debba intendersi solo nel senso di disposizioni *meno favorevoli*, dato che ormai l'introduzione di disposizioni più favorevoli è una *facoltà* spettante allo Stato membro ai sensi dell'art. 137), spesso precisando altresì - *ad abundantiam*, ma evitando ogni possibile equivoco - che tale *facoltà* è soggetta alla condizione che i requisiti minimi previsti dalla direttiva stessa siano rispettati (d'ora in poi definiremo queste clausole come 'clausole del secondo modello'). Va poi detto che anche le clausole di non regresso si presentano non omogenee persino all'interno di ciascuno dei due modelli, dato che, anche alla luce delle diverse versioni linguistiche delle varie direttive, il legislatore comunitario ha adottato spesso espressioni non uniformi; pur se non si deve trascurare, e sul punto si tornerà nel seguito, che su tali differenziazioni ha inciso solitamente la 'diversa penna' del traduttore.

Infine, merita di essere ancora segnalata un'ulteriore differenza che caratterizza le clausole di non regresso da quelle di *favor*, e specificamente dalla norma di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino). Quest'ultima disposizione, come si è visto, utilizzando i verbi *mantenere* e *stabilire* (nelle direttive si utilizzano anche verbi analoghi come *applicare* e *adottare* o *introdurre*, ovvero si parla esplicitamente di *disposizioni vigenti o future*¹¹⁰⁶), lascia chiaramente intendere, senza sollevare particolari incertezze, che la facoltà riconosciuta agli Stati membri vale tanto per il presente, e dunque in relazione al momento dell'attuazione della direttiva, quanto per il futuro. Rispetto alle clausole di non regresso, invece, a causa di formulazioni frequentemente non precise, ciò non appare sempre così scontato; anche se, come si chiarirà nel seguito la *ratio* sottesa a tali clausole induce, alla fine, ad analoga soluzione.

8. – Tenendo presenti le peculiarità che si sono appena individuate, il primo problema cui va data risposta è se, data la loro formulazione in termini non di facoltà, ma di obbligo, le clausole di non regresso siano effettivamente in grado di esprimere una loro vincolatività giuridica nei confronti

¹¹⁰⁶ Dirr. n. 89/391; 91/383.

degli Stati membri. Ad esso la Corte costituzionale italiana, valutando la specifica clausola di non regresso presente nella direttiva n. 97/81, del 15 dicembre 1997, ha dato risposta positiva, deducendo da essa «uno specifico obbligo comunitario»¹¹⁰⁷; ma in realtà, leggendo le varie clausole di non regresso apparse nel panorama della normativa comunitaria di questi ultimi anni, si può ritenere che questa posizione della Corte possa valere in generale. Non si comprende, infatti, per quale motivo dovrebbe dubitarsi della vincolatività giuridica di disposizioni la cui formulazione non è certo di tipo meramente descrittivo ma chiaramente precettivo. È da dire peraltro che anche in altri paesi non sembra dubitarsi della vincolatività della clausola¹¹⁰⁸.

Ovviamente, come già accennato, il problema si pone in termini diversi nel caso in cui la clausola sia collocata non nella parte direttamente precettiva della direttiva ma *solo* in un *Considerando* introduttivo¹¹⁰⁹. È opinione diffusa che i *Considerando* di una direttiva siano in grado di svolgere solo una funzione di supporto nella interpretazione delle sue disposizioni, ma non di creare vincoli diretti¹¹¹⁰. Nel prosieguo, dunque, ci si riferirà esclusivamente alle clausole di non regresso presenti nel *corpus* normativo della direttiva (ma il discorso varrà anche per quei casi in cui la clausola è contenuta nell'accordo collettivo realizzato tra le parti sociali ai sensi degli artt. 138-139 del Trattato ed attuato con una direttiva).

Ciò detto, si deve osservare che, proprio in virtù della rilevata presenza di due modelli di clausole di non regresso, e tenendo conto della segnalata necessità di affrontare puntualmente l'esegesi di ciascuna specifica clausola, il nodo interpretativo da risolvere è piuttosto quello di stabilire quali sono gli effetti giuridici che possono essere fatti derivare dall'uno e dall'altro modello o, se si vuole, se la differente formulazione dei due tipi di clausola di non regresso implichi effetti giuridici differenziati.

8.1. - È opportuno partire dalle clausole rientranti nel secondo modello (ciò per motivi di chiarezza espositiva, derivanti dal fatto che esse hanno una struttura più complessa e, per così dire, quasi assorbente quella delle clausole del primo modello), e specificamente da quella contenuta nell'art. 18, par. 3, della direttiva n. 93/104 sull'orario di lavoro (ora divenuto art. 23 della direttiva di 'codificazione' n. 2003/88), dato che essa rappresenta la prima clausola di non regresso, riconducibile a tale modello, ad essere stata formalmente inserita nella parte direttamente precettiva di una direttiva, e che a tale clausola si sono poi ispirate altre direttive in materia sociale. Questa disposizione stabilisce che «fatto salvo il diritto degli Stati membri di *fissare*, alla luce dell'*evoluzione della situazione*, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati, l'*attuazione* di quest'ultima non costituisce una *giustificazione* per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori».

Ad una prima lettura, parrebbe doversi semplicemente ritenere che la clausola in questione, mentre non consente allo Stato membro di prevedere una regressione della normativa di tutela in materia di orario al momento della formale trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno, al contrario permetterebbe un siffatto arretramento – pur se nel rispetto, ovviamente, delle

¹¹⁰⁷ Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 45, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 746 ss., spec. p. 752.

¹¹⁰⁸ MOIZARD, 2003, p. 8.

¹¹⁰⁹ V., ancora, i riferimenti contenuti nel par. 2.

¹¹¹⁰ V. i rinvii operati, *supra*, in nt. 5.

misure minimali imposte dalla stessa direttiva – successivamente, in presenza di una «evoluzione della situazione».

In realtà, va subito detto che quella appena riportata è solo *una* delle letture possibili della disposizione, ed invero non necessariamente la più coerente con la sua formulazione. Un'altra interpretazione possibile, condivisa da chi scrive, è invece quella che attribuisce alla disposizione un valore più conforme alla sua costruzione letterale ed al significato attribuibile alle espressioni utilizzate dal legislatore comunitario, nonché alla complessa realtà dei rapporti tra le fonti, da un lato costruendo tra le due parti di cui essa si compone un raccordo di tipo non temporale bensì funzionale, e, dall'altro, esplicitando meglio perché la clausola in questione non vieta il regresso in assoluto, ma lo ammette solo a determinate condizioni.

Sotto il primo profilo, va anzitutto sgombrato il campo dall'ipotesi secondo cui l'espressione «attuazione della presente direttiva» sarebbe riferibile al solo momento della formale trasposizione di quest'ultima nell'ordinamento interno, precludendo quindi il regresso di tutele soltanto in quell'occasione e non in una fase (anche immediatamente) successiva. Una simile lettura, infatti, sarebbe caratterizzata da una forte contraddittorietà e porrebbe le basi per una concreta frustrazione di ogni possibile *ratio* della clausola, poiché da essa emergerebbe la possibilità che lo Stato membro, una volta operata quella formale trasposizione, emani, anche il giorno dopo, una nuova disciplina peggiorativa di quella previgente rispetto alla direttiva, così aggirando *di fatto* il vincolo derivante dalla clausola stessa¹¹¹¹.

In realtà, va considerato che il richiamo all'*attuazione* della direttiva, contenuto nella seconda parte dell'art. 18, par. 3, può essere inteso non (solo) in senso temporale - cioè come riferentesi al *momento* della trasposizione - ma (anche) in senso funzionale - cioè come riferentesi alla normativa interna di attuazione in sé considerata. A questo riguardo si deve notare come qualsiasi normativa interna che sia volta a disciplinare la materia regolata da una direttiva, purché sia conforme alla regolamentazione stabilita da quest'ultima, ne costituisca invero *attuazione*, non solo quando il legislatore nazionale effettua una formale *trasposizione* di essa, ma anche quando intervenga a modificare la disciplina con cui era stata realizzata la prima trasposizione (e finanche quando effettui interventi successivi). Significativo è, d'altronde, che nella direttiva in questione, come del resto nella gran parte delle direttive in materia di politica sociale, si preveda che gli Stati membri debbano comunicare alla Commissione il testo delle disposizioni di diritto interno che essi adottino o che abbiano già adottato nel settore disciplinato dalla direttiva¹¹¹². Previsioni di questo tipo, evidentemente, si spiegano con il fatto che, al di là delle specifiche questioni relative al non regresso, è comunque necessario mettere in condizione gli organi comunitari di verificare

¹¹¹¹ Per la posizione secondo cui le clausole di non regresso non operano solo con riferimento al momento della formale trasposizione della direttiva, v. anche DELFINO, 2002, pp. 492-497; OCCHINO, 2004, p. 196; ROCCELLA, 2004, nt. 78; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 123; cfr. anche CENTOFANTI, 2001, p. 917 s.

¹¹¹² V. art. 18, par. 4, dir. n. 94/103. V. anche, tra le molte altre previsioni analoghe, art. 19, dir. n. 2004/37; art. 24, par. 1, dir. n. 2003/88; art. 2, par. 2, dir. n. 2003/18; art. 17, par. 3, dir. n. 2003/10; art. 2, par. 2, dir. n. 2002/74; art. 14, par. 2, dir. n. 2002/44; art. 14, par. 2, dir. n. 2002/15; art. 11, dir. n. 2001/23; art. 2, par. 2, dir. n. 97/81; art. 17, par. 3, dir. n. 94/33; art. 14, par. 3, dir. n. 92/85; art. 10, par. 2, dir. n. 91/383; art. 18, par. 2, dir. n. 89/391; art. 11, par. 2, dir. n. 80/987; art. 8, par. 2, dir. n. 79/7. In altre direttive si prevede invece che alla Commissione debbano essere trasmesse tutte le informazioni necessarie per consentirle di redigere una relazione al Parlamento e al Consiglio sull'applicazione della direttiva (v., ad esempio, art. 2, par. 2, dir. 2002/73; art. 19, par. 1, dir. n. 2000/78; art. 7, dir. n. 97/80).

i (ed esercitare un costante controllo sui) contenuti *di tutte le discipline interne* che attengono al settore di volta in volta disciplinato da una direttiva, siano o meno esse formalmente presentate, dallo Stato membro, come atti traspositivi della stessa.

Se, peraltro, tutto ciò è vero, deve dedursi che, nella disposizione qui esaminata, la frase «l'attuazione di quest'ultima [direttiva] non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori» può ben essere intesa nel senso che un regresso non può essere giustificato soltanto sulla base del fatto che la normativa interna che lo realizza costituisce un'attuazione della direttiva, *qualunque sia il momento in cui avvenga siffatta attuazione* (e cioè sia in occasione di un intervento che venga presentato come formale trasposizione della direttiva, sia successivamente ad esso)¹¹¹³.

Allo stesso tempo, poi, *l'evoluzione della situazione* – richiamata nella prima parte della disposizione – in presenza della quale viene fatto salvo il diritto dello Stato membro di prevedere una disciplina peggiorativa, non deve necessariamente essere proiettata nel futuro rispetto al momento della trasposizione della direttiva, dato che tale 'evoluzione' può essere riferita anche ad una 'situazione' anteriore a siffatto momento (quella, cioè, sussistente all'epoca della emanazione della disciplina di miglior favore), di modo che già all'atto della trasposizione potrebbe sussistere quella «evoluzione della situazione» che, ai sensi della clausola in questione, consente al legislatore nazionale di *fissare* una regressione di tutele.

Ebbene, ove si condividano queste osservazioni, si deve ritenere che all'art. 18, par. 3, dir. n. 93/104, può essere dato un significato ben diverso da quello prospettato in prima battuta, e precisamente il seguente: il fatto che una normativa regolativa della materia disciplinata dalla direttiva costituisca *attuazione* di quest'ultima non può mai, di per se stesso, rappresentare *giustificazione* di un peggioramento della tutela preesistente (o meglio, già esistente al momento dell'entrata in vigore della direttiva, come si dirà tra breve), né in fase di formale trasposizione della direttiva medesima, né in una fase successiva (in cui si effettuino interventi modificativi della normativa con cui si è effettuata la formale trasposizione, o anche della normativa che, a sua volta, abbia già introdotto modificazioni alla normativa di trasposizione).

Le conseguenze di questa articolata lettura della clausola di non regresso di cui alla dir. n. 93/104 sono dunque particolarmente significative, dato che, sulla base di essa, al singolo Stato è consentito di prevedere una regressione della normativa di tutela in materia di orario vigente alla data di entrata in vigore della direttiva (nel rispetto ovviamente di quella minimale imposta da quest'ultima), tanto con l'atto con cui si effettui una formale trasposizione della disciplina comunitaria, quanto con gli eventuali provvedimenti successivi, purché nel momento in cui avviene il peggioramento sia invocabile una «evoluzione della situazione» rispetto al momento in cui era stata introdotta la normativa interna previgente alla direttiva stessa (ma su quest'ultimo aspetto si tornerà ancora tra breve).

¹¹¹³ E ciò anche se la norma nazionale «non abbia il dichiarato fine di adeguare il dato normativo interno a quello comunitario» (con il che si rivede quanto affermato in LECCESE, 2001, p. 208). Nel senso del testo cfr. anche MOIZARD, 2003, p. 8 (sia pure con riferimento ad una clausola di non regresso riconducibile alle clausole del primo modello, di cui si parlerà nel par. 8.2, ma rispetto alle quali, come si dirà, le conclusioni non possono che essere corrispondenti a quelle qui precisate). Più avanti ci si soffermerà, poi, sul significato da attribuire all'espressione 'livello generale di protezione dei lavoratori' (nonché delle altre analoghe formule rinvenibili nelle direttive successive alla n. 93/104).

Passando poi al secondo profilo sopra accennato, va ancora osservato che la lettura di tipo funzionale del dettato dell'art. 18, par. 3, appena effettuata, rende le due parti di cui esso si compone del tutto integrate tra loro, consentendo all'interprete di collegare ancor più strettamente il vincolo costituito dalla «evoluzione della situazione» con la parola «giustificazione». Ciò nel senso che, se l'*attuazione* (nel senso sopra definito) della direttiva, *in sé considerata*, «non costituisce una giustificazione per il regresso», mentre l'«evoluzione della situazione» consente di fissare discipline «diverse nel campo dell'orario di lavoro», pare conseguenziale ritenere che, al fine di *giustificare* il regresso, lo Stato membro debba, appunto, *dar conto* in qualche modo agli organismi comunitari (nonché a quelli interni chiamati ad applicare la normativa sul presupposto della sua conformità alla direttiva) della *sussistenza* di una evoluzione della situazione, ovvero sia che la situazione sulla cui base era stato emanato il regime di miglior favore preesistente alla direttiva si è evoluta in un senso che richiede una modificazione peggiorativa di esso. E questo non può che significare, stante l'assenza di qualsivoglia formale procedura prevista dal Trattato per questi casi, che sullo stesso Stato membro grava una sorta di *informale* 'obbligo di motivazione', ovvero di fornire in qualche modo - ad esempio nella presentazione del d.d.l. o magari all'interno dello stesso provvedimento legislativo (cosa non difficile, almeno in Italia, vista la sempre più frequente tendenza a far introdurre l'atto normativo con un articolo iniziale dichiarativo delle finalità con esso perseguite: cfr. art. 1, d.lgs. n. 66/2003 e art. 1, d.lgs. n. 276/2003) - una chiara esplicitazione delle ragioni economiche e sociali che inducono ad una simile modifica, sì da rendere evidente che si tratta, appunto, di una precisa scelta politica legata al mutamento dello *status quo*¹¹¹⁴. Un comportamento, questo, che, per quanto appena argomentato, potrà riguardare anche lo stesso intervento traspositivo iniziale, ove lo Stato membro intendesse con esso procedere – sulla base della sussistenza di una «evoluzione della situazione» – ad un peggioramento della disciplina di miglior favore preesistente alla direttiva¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ Anticipando un'obiezione che potrebbe essere sollevata circa l'assenza, tanto nel Trattato, quanto nelle direttive, di una precisa indicazione delle modalità attraverso cui dovrebbe essere esplicitata la motivazione di cui si parla in testo, si può osservare come, evidentemente, tale modalità non potrebbe che essere legata alla specificità del processo legislativo proprio di ogni Stato. E, d'altro canto, tale obiezione non sarebbe coerente con il fatto che la gran parte delle direttive, come sopra segnalato, prevedono che lo Stato debba comunicare alla Commissione ogni intervento normativo relativo al settore d'intervento della direttiva (senza alcuna precisazione in ordine alle modalità della comunicazione stessa); si consideri, ancora, che quasi tutte le direttive, nel prevedere che le discipline interne necessarie per conformare l'ordinamento interno a quello comunitario debbano essere corredate da un riferimento alla direttiva stessa, rimettono esplicitamente all'autonoma decisione degli Stati membri di stabilire le modalità attraverso cui tale riferimento deve essere operato. In conclusione, per quanto appena detto, parrebbe possibile superare la predetta obiezione, confidando nella possibilità che la Commissione raccolga le informazioni necessarie per la verifica del rispetto della clausola, in grado di semplificare le indubbie difficoltà che la Corte di giustizia incontrerebbe in un eventuale giudizio presso di essa sollevato (cfr. LECCESE, 2001, p. 210).

¹¹¹⁵ Alla luce di quanto sin qui osservato, possono essere esaminate le considerazioni di un autore (DONDI, 2004, par. 5), il quale, come anticipato, ha sostenuto che si sarebbe in presenza di un *pleonasm*, in ragione del fatto che la clausola farebbe riferimento al caso in cui «l'ordinamento di un singolo Stato membro [assicuri] condizioni eccedenti le misure minime di tutela istituite a livello comunitario [onde] non [vi sarebbe] alcuna necessità di recepimento di esse, già realizzate per eccesso», di modo che «un'iniziativa legislativa siffatta non potrebbe essere contrabbandata come recepimento della direttiva, essendo essa, in realtà, mera revisione (per altro legittima) dell'ordinamento interno (fermi i minimi garantiti dalla direttiva stessa)»: e questo sarebbe dunque ciò che la clausola suddetta intenderebbe segnalare. Una contraria opinione, che interpretasse la clausola di non regresso come ostativa ad un abbassamento dei livelli di protezione dell'ordinamento nazionale contestuale al recepimento di specifici minimi sanciti a livello comunitario per i quali fosse invece ancora necessario l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, contrasterebbe direttamente con il Trattato, proponendo un inammissibile vincolo procedurale per il legislatore interno, obbligato a duplicare gli interventi (per separare quelli peggiorativi).

D'altra parte, sembra evidente che, al fine di verificare se il vincolo posto dalla clausola sia stato rispettato, la 'pietra di paragone' è costituita, proprio in virtù della *ratio* sin qui ricostruita, *solo* dallo *standard* protettivo vigente al momento dell'entrata in vigore della direttiva, sì che eventuali trattamenti 'migliorativi', che siano adottati dopo di essa, non sono dotati della stessa forza di resistenza, potendo essere peggiorati senza alcun bisogno di una apposita giustificazione. In altre parole, è proprio lo *standard* previgente, all'epoca liberamente attestato dallo Stato membro ad un determinato livello di protezione, ad essere comprensibilmente considerato come *plafond* minimo non superabile *in peius* (salvo, come si è detto, che non vi sia un'adeguata motivazione).

Orbene, quanto appena enunciato in relazione alla clausola di cui all'art. 18, par. 3, della direttiva n. 93/104, può essere esteso, a ben vedere, ad altre clausole di non regresso che si sono succedute nel tempo, riprendendo il dettato di questa disposizione del 1993 in modo pedissequo o, comunque, con talune variazioni lessicali che non alterano il significato delle clausole stesse dal punto di vista sostanziale¹¹¹⁶.

Così, ad esempio, l'aggiunta dell'aggettivo 'valida' alla parola 'giustificazione'¹¹¹⁷, nel contesto dell'espressione «non costituisce una giustificazione», non attribuisce a quest'ultima alcun significato più pregnante, ma solo aiuta meglio a specificarne il valore proprio nel senso sopra indicato. Né diverso significato può essere assegnato alle altre clausole in cui al posto di «non costituisce una valida giustificazione» (o «una giustificazione valida») si rinvencono espressioni come «non costituisce in nessun caso una ragione sufficiente per giustificare»¹¹¹⁸, ovvero «non costituisce in nessun caso motivo sufficiente per giustificare»¹¹¹⁹.

Parimenti, nessuna conseguenza differenziale può trarsi dall'utilizzo, al posto del verbo «fissare» (disposizioni diverse ...), di equivalenti quali «stabilire»¹¹²⁰, «introdurre»¹¹²¹. E finanche il ricorso al verbo «sviluppare»¹¹²² non altera certo il senso del precetto, dato che, quantunque indicativo di un dinamismo regolativo, esso non deve affatto far pensare solo agli eventuali provvedimenti futuri rispetto a quello traspositivo, potendo tranquillamente includere, ancora una volta, anche

In realtà questa lettura, da un canto, non è condivisibile per il fatto stesso di considerare *pleonastiche* previsioni che, con martellante cadenza, vengono ormai inserite in quasi tutte le direttive e nelle quali la Corte costituzionale italiana, come segnalato nel par. 8, ha rinvenuto uno specifico obbligo comunitario (si tratta, del resto, di previsioni che, come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia, risultano pienamente congruenti con la più generale prospettiva di armonizzazione nel progresso ribadita con forza nel Trattato: v., *supra*, par. 7, spec. nt. 114). Dall'altro, e soprattutto, la lettura in questione trascura di rilevare come le clausole di non regresso facciano spesso indifferentemente riferimento tanto al momento della recezione quanto ad un momento successivo, così dando un chiaro segnale che il principio ha valore generale e non meramente relativo all'atto di trasposizione; ragionare solo in funzione di quest'ultimo è dunque fuorviante. Al di là di queste obiezioni, poi, il fatto che un intervento legislativo possa essere 'contrabbandato' come attuativo di direttiva anche se ha *solo* (o comunque *anche*) la finalità di far regredire il livello di tutela antecedente la direttiva medesima non è affatto così lontano dalla realtà: sia consentito sul punto ricordare quanto chi scrive ha rilevato in relazione al recente intervento italiano in materia di orario di lavoro (CARABELLI, LECCESE, 2004, p. 11 ss.).

¹¹¹⁶ V. art. 16, dir. n. 94/33; clausola 4, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34; art. 6, dir. n. 97/80; art. 6, par. 2, dir. n. 97/81; art. 2, par. 2, dir. n. 99/63; art. 2, par. 3, dir. 2000/34; art. 2, par. 2, dir. n. 2000/79; art. 23, dir. 2003/88, di 'codificazione' della n. 93/104.

¹¹¹⁷ Dirr. nn. 94/33, 96/34, 97/81, 2000/34.

¹¹¹⁸ Dir. n. 97/80.

¹¹¹⁹ Dirr. nn. 99/63; 2000/79.

¹¹²⁰ Dirr. nn. 96/34; 2000/79.

¹¹²¹ Dir. n. 97/80.

¹¹²² Dirr. nn. 94/33; 97/81; 99/63; 2000/34.

la normativa con cui si dà formale trasposizione di una direttiva, la quale, appunto, costituisce già 'sviluppo' della normativa interna preesistente.

Infine, ma non certo da ultimo, si noti che l'interpretazione sopra proposta è ben suffragata dall'aggiunta, in coda alle parole «disposizioni [...] diverse», della frase: «da quelle vigenti al momento dell'adozione della presente direttiva»; questa frase, rinvenibile in un paio di direttive più recenti¹¹²³, ha evidentemente la funzione di esplicitare quanto già implicito nelle predette parole, confermando quanto appena detto in relazione al fatto che solo lo *standard* protettivo preesistente all'adozione della direttiva è dotato di una particolare forza di resistenza.

Comunque – e questa argomentazione rafforza la nostra lettura circa l'uniformità di significati tra le clausole presenti nelle varie direttive – occorre ricordare che le normative comunitarie sono oggetto di pubblicazione ufficiale nelle diverse lingue dei Paesi membri, onde le differenze di cui si è appena rilevate sono assai spesso, ed anzi normalmente, dovute alla variabile soggettiva della traduzione¹¹²⁴: basta confrontare, ad esempio le medesime clausole nella versione inglese (o tedesca, spagnola, ecc.) per rendersi conto che non v'è una corrispondenza lessicale univoca tra i testi pubblicati nelle diverse lingue. Ad esempio, per fermarsi solo ad uno degli aspetti più critici appena affrontati, al termine italiano «fissare», di cui alla dir. n. 93/104, corrisponde l'espressione «*to develop*» nel testo inglese («*développer*» in quello francese, «*zu entwickeln*» in quello tedesco, «*adoptar*» in quello spagnolo); la stessa espressione inglese, poi, è talora resa in italiano con il termine «*stabilire*»¹¹²⁵; ma anche l'espressione inglese «*lay down*», contenuta in altre direttive, è resa in italiano in modo vario, cioè con il termine «*stabilire*»¹¹²⁶, oppure proprio con il termine «*sviluppare*»¹¹²⁷!

8.2. - Passando, quindi, ad esaminare le clausole di non regresso riconducibili al primo modello (quelle che, in generale, non prevedono esplicitamente la possibilità per gli Stati membri di introdurre discipline diverse in ragione dell'evoluzione della situazione, ma solo che l'attuazione di una direttiva non costituisce giustificazione per l'abbassamento delle tutele esistenti nella materia da questa disciplinate), alla luce dell'analisi appena condotta in relazione a quelle del secondo, balza immediatamente all'attenzione che esse si presentano assai meno differenziate tra di loro dal punto di vista della formulazione letterale, manifestando anzi una tendenziale uniformità. E ciò, se non altro, anche per effetto della loro maggiore concisione.

Altra considerazione che vale la pena di effettuare in via preliminare è che, se è vero che queste clausole hanno fatto apparizione per prime nel diritto comunitario¹¹²⁸, è pur vero che esse sono poi scomparse per qualche tempo, per lasciare spazio a clausole del secondo modello. Nel 1997,

¹¹²³ Dirr. nn. 2000/79 e 99/63.

¹¹²⁴ Una recente, interessante riflessione sui problemi posti dalla traduzione dei testi normativi comunitari nelle varie lingue dei Paesi membri, è in COSMAI, 2003.

¹¹²⁵ V. l'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34.

¹¹²⁶ Dir. n. 2000/79.

¹¹²⁷ Dir. n. 99/63.

¹¹²⁸ Si ricordi che erano riconducibili al primo modello le clausole contenute rispettivamente in tre *Considerando* introduttivi rispettivamente della Carta Comunitaria dei diritti sociali, della dir. n. 89/391 e della dir. n. 92/85, emanata in attuazione di quella, nonché nell'art. 1, par. 3, di quest'ultima direttiva.

poi, hanno rifatto la loro apparizione in un *Considerando* della direttiva 97/81 in materia di part-time e successivamente in altri *Considerando*¹¹²⁹, nonché direttamente nelle disposizioni contenute nel *corpus* di molte direttive sociali dell'ultimo periodo¹¹³⁰, al punto, anzi, da apparire prevalenti rispetto a quelle dell'altro modello, che, peraltro, talora continuano a fare capolino¹¹³¹.

Un'ulteriore osservazione che si può effettuare è che in alcune direttive si rinviene una clausola di non regresso del primo modello tanto in uno dei *Considerando* introduttivi quanto in una delle disposizioni, anche se nei *Considerando* il verbo viene coniugato al condizionale, di modo che le clausole si manifestano con le seguenti formulazioni: «l'attuazione della presente direttiva non dovrebbe servire da giustificazione per un regresso rispetto alla situazione preesistente in ciascuno Stato membro»¹¹³², ovvero «l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe costituire una ragione sufficiente per giustificare una riduzione generale della protezione dei lavoratori nei settori da essa contemplati»¹¹³³. Si tratta peraltro di una differenza che, in verità, non risulta di particolare peso, dato che, se se si vanno a leggere le direttive nella versione inglese, si potrà scoprire che in esse, nella quasi totalità dei casi, è utilizzato il termine *should*, nelle clausole contenute nei *Considerando*, ed il termine *shall*, in quelle collocate all'interno del testo; il che fa emergere come si sia, evidentemente, in presenza di varianti dovute al traduttore italiano ...!

Una significativa peculiarità (come si dirà, utile ai fini interpretativi) è costituita, infine, dal fatto che in un paio di direttive si verifica una strana 'dissociazione', dato che, mentre in uno dei *Considerando* introduttivi si rinviene una clausola riconducibile al primo modello, in una disposizione della stessa direttiva, invece, si opta per una clausola riconducibile al secondo¹¹³⁴.

Ciò detto, si può affrontare il problema centrale posto dalla formulazione di tali clausole: la mancanza di uno specifico riconoscimento del diritto dello Stato membro di introdurre disposizioni diverse alla luce dell'evoluzione della situazione deve necessariamente significare, com'è stato puntualmente osservato in dottrina¹¹³⁵, che, in contrapposizione con le clausole del secondo modello, quelle del primo non permettono un regresso delle tutele fissate dalla legislazione nazionale?

In effetti, tale mancanza potrebbe indurre a ritenere che a carico dello Stato membro gravi un vero e proprio obbligo di *stand still*, o se si preferisce, di irreversibilità regolativa *in pejus*, che consentirebbe sempre e soltanto uno sviluppo delle tutele nazionali verso l'alto.

Orbene, ad avviso di chi scrive, vi sono molteplici ragioni che devono indurre ad una lettura diversa, e più precisamente a ritenere che, pure in assenza di una specifica previsione relativa al

¹¹²⁹ V. dirr. nn. 2000/43; 2000/78; 2000/79; 2002/14; 2002/44; 2003/10; 2004/40.

¹¹³⁰ Dirr. nn. 1999/70; 2000/43; 2000/78; 2002/14; 2002/15; 2002/73, nel modificare la dir. n. 76/207; 2002/74, nel modificare la dir. n. 80/987.

¹¹³¹ V. ancora, tra le più recenti, le dirr. nn. 2000/34; 2000/79; 2003/88.

¹¹³² *Considerando* n. 25 della dir. n. 2000/43.

¹¹³³ *Considerando* n. 31 della dir. n. 2002/14.

¹¹³⁴ Dirr. nn. 97/81 e 2000/79.

¹¹³⁵ V., con riferimento alla clausola 8, par. 3, dell'accordo europeo sul contratto a tempo determinato attuato con la dir. n. 1999/70, SPEZIALE, 2003, p. 457 ss.; LAZZARI, 2002, p. 447 s.; cfr. anche ROCCELLA, 2001, par. 2. Si sono pronunciati inoltre per la piena vincolatività di clausole del primo modello, ma senza alcuna riflessione comparativa con quelle del secondo modello, ANDREONI, 2002, p. 80 ss. e MOIZARD, 2003, p. 9.

diritto dello Stato membro di effettuare interventi di tipo regressivo, questi ultimi devono comunque essere considerati sempre possibili, esattamente nei limiti, o meglio, alle stesse condizioni enunciate nelle clausole di non regresso del secondo modello; di modo che le clausole del primo e del secondo modello si differenziano solo per la forma, ma non anche per la sostanza. E ciò, anzitutto, per una coerenza interna del sistema regolativo derivante dalle clausole stesse e per soddisfare i principi generali derivanti dal Trattato; ma anche, come si preciserà tra breve, per ottime ragioni di carattere esegetico.

Riguardo al primo profilo – presupposta comunque la sostanziale uniformità delle varie clausole di non regresso riconducibili al primo modello, nonostante le marginali differenze terminologiche di cui si dirà – si deve anzitutto rilevare che l'alternarsi nelle diverse direttive degli anni '80 e '90 e dell'ultimo periodo di clausole riconducibili ai due modelli, senza che ne sia rinvenibile una ragionevole spiegazione, induce a dubitare fortemente della reale volontà del legislatore comunitario di ricondurre effetti differenziati ad esse. Da questo punto di vista, anzi, il fatto che, come si è ricordato più sopra, vi siano addirittura direttive nelle quali sono state introdotte due clausole, l'una in un *Considerando* e l'altra in una disposizione, rispettivamente riconducibili ai due modelli sopra delineati, indurrebbe addirittura a mettere in dubbio l'effettiva consapevolezza del legislatore comunitario del fatto di utilizzare formule differenziate.

D'altro canto – e con questo ci si riferisce al profilo più generale della coerenza con i principi generali del Trattato – chi scrive ritiene assai dubbia la possibilità di considerare le clausole di non regresso idonee a fissare, nei confronti degli Stati membri, un vincolo 'assoluto' di immodificabilità regolativa *in pejus*, nel senso appena indicato, poiché ne deriverebbe una situazione di forte conflitto normativo interno all'ordinamento comunitario. Si tenga, infatti, presente che, interpretate in tal senso, le clausole in questione produrrebbero l'effetto di «cristallizzare le disparità di trattamento esistenti nelle normative nazionali», e, in tal modo, si porrebbero non solo in contraddizione con «l'obiettivo dell'armonizzazione perseguito» dal Trattato¹¹³⁶, ma, verosimilmente, anche in contrasto con il principio di libera concorrenza fondato dallo stesso Trattato (nella sua valenza ampia sopra delineata). Ed infatti, poiché il loro effetto consisterebbe, appunto, nell'imporre allo Stato membro il predetto vincolo, ciò significherebbe in realtà negargli in radice la facoltà di ridefinire nel tempo il regime regolativo relativo ad una determinata materia disciplinata da una direttiva anche in senso peggiorativo (anche se, naturalmente, rimanendo entro i limiti posti da quest'ultima). Ma questo vincolo evidentemente, danneggerebbe tutti gli operatori economici soggetti a questa disciplina nazionale (irreversibilmente) di miglior favore: essi, infatti, dovrebbero concorrere contro tutti gli altri operatori che, essendo assoggettati alla normativa meno protettiva (quantunque conforme alla disciplina sostanziale della stessa direttiva) degli altri Stati membri, godrebbero di un trattamento più vantaggioso. Né si dica che questa situazione potrebbe verificarsi anche in ragione e per effetto della *facoltà* prevista dall'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato: è fin troppo evidente che, mentre in questo secondo caso il trattamento differenziale dipenderebbe da una scelta dello Stato membro, lasciata alla sua piena *discrezionalità*, nel primo esso deriverebbe da un obbligo che ad esso sarebbe *imposto*

¹¹³⁶ In tal senso ADINOLFI, 1994, p. 364. In senso adesivo DONDI, 2004, par. 6, il quale, peraltro, inserisce l'affermazione in un ragionamento tendente ad escludere qualsiasi efficacia alla clausola, anche sulla base dell'osservazione che, altrimenti, rimarrebbero in piedi pure previgenti norme interne di maggior favore incompatibili con il Trattato (par. 4 ss.). Ma in proposito si rinvia, oltre che a quanto detto alla precedente nt. 127, alle considerazioni che si svilupperanno più avanti in testo (in chiusura di par. 9) in merito alla rilevanza, in ogni caso, del giudizio di compatibilità.

proprio dalla direttiva comunitaria; obbligo che l'obiettivo del «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», non pare idoneo e sufficiente a giustificare rispetto al principio della libera concorrenza.

Quest'ultimo, infatti, costituisce indubbiamente, sin dalle origini, un principio fondativo della Comunità europea, strutturalmente essenziale al suo stesso funzionamento, nei cui confronti si potrebbe *oggi* (dopo le modifiche al Trattato operate, dapprima, dal Trattato di Maastricht e, poi, da quelli di Amsterdam e di Nizza) al limite rivendicare la pari dignità di un generale ed egualmente essenziale principio di tutela del lavoro, derivabile dall'obiettivo di protezione sociale di cui agli artt. 2, 3, e 136 Trattato (v. *supra*). Ed invece, la prospettiva della «parificazione nel progresso» - in cui pure è rinvenibile, come si è detto in precedenza, il fondamento delle clausole di non regresso e di quelle di *favor* - è riconducibile (come largamente riconosciuto nel dibattito scientifico) ad una dimensione meramente programmatica dell'azione comunitaria, che non pare poter giustificare l'imposizione a carico degli Stati membri di un obbligo assoluto di conservazione degli eventuali trattamenti sociali di maggior tutela¹¹³⁷. In altre parole, premesso che la presenza di una normativa nazionale attestata ad un livello di protezione superiore rispetto a quanto stabilito dalla tutela comunitaria costituisce pur sempre espressione del principio comunitario di tutela del lavoro (anche se nei confronti di essa deve ritenersi sempre possibile un giudizio di compatibilità quale quello sopra prospettato¹¹³⁸), si deve peraltro ritenere che, alla luce della prospettiva meramente programmatica della parificazione nel progresso, è preclusa - per conflitto con il fondamentale principio di libertà di concorrenza - un'interpretazione della clausola di non regresso volta a sancire un vincolo assoluto di irreversibilità dei trattamenti nazionali di tutela (vincolo che, appunto, sarebbe destinato ad incidere in modo differenziato, a seconda del livello di tutela già assicurato nei singoli Stati membri).

Ciò detto, e passando agli aspetti più strettamente esegetici, va notato anzitutto che anche per le clausole del primo modello può valere quanto già osservato con riferimento all'altro modello e cioè che l'espressione «attuazione della presente direttiva» (tale espressione è presente nella quasi totalità di esse; nella versione italiana di due direttive, le nn. 1999/70 e 2002/14, invece della parola «attuazione» si rinviene la parola «applicazione», ma la versione inglese adotta sempre la parola «*implementation*», dal che si deduce, ancora una volta, che si è in presenza di una variante dovuta al traduttore; nella dir. n. 92/85, poi, la parola non compare affatto poiché si prevede che «la presente direttiva non può avere per effetto un abbassamento del livello di protezione [...]») va intesa come riferita non solo al momento della formale trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno, ma anche alla fase successiva, poiché altrimenti pure in questo caso si aprirebbe la strada ad operazioni strumentali degli Stati membri che, di *fatto*, renderebbero vano il vincolo derivante dalla clausola e ne frustrerebbero ogni *ratio*; e si noti che, mancando nelle clausole ora esaminate finanche la condizione della sussistenza di una «evoluzione della situazione» - presente invece nelle clausole del secondo modello - tale regressione potrebbe avvenire senza nemmeno il bisogno di una formale giustificazione!

¹¹³⁷ Visto il problema da altro punto di vista, inoltre, si può sostenere che, proprio perché siamo in assenza di un vincolo di *stand still* derivante *direttamente* dalla normativa del Trattato, l'interpretazione in senso 'rigido' della clausola di non regresso comporterebbe una compressione della sovranità degli Stati membri che, in verità, sembra sbilanciata rispetto alla stessa prospettiva programmatica del tendenziale miglioramento delle tutele (cfr. già LECCESE, 2001, p. 209; CARABELLI, 2001b; SCARPONI, 2002, p. 366; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 125).

¹¹³⁸ V. *supra* nt. 148.

In secondo luogo, si deve altresì osservare che, nelle clausole di cui si discute, all'espressione «attuazione della presente direttiva» sono *sempre* collegate espressioni quali «non può [...] costituire una ragione per giustificare un regresso», «non costituisce una ragione sufficiente a giustificare un regresso», «non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela» *et similia*, dalle quali indirettamente discende, ancora una volta, l'onere per lo Stato membro di fornire una giustificazione (ovviamente diversa, ancora una volta, da quella consistente nella mera attuazione della direttiva) dell'eventuale regresso di tutele. Più precisamente, interpretando le clausole di non regresso del primo modello alla luce della complessiva analisi sin qui svolta, si deve ritenere che poiché l'attuazione in sé della direttiva (da intendersi nel senso sopra indicato, e cioè come riferibile a qualsivoglia normativa interna, non solo di trasposizione di una direttiva, ma anche successiva), non costituisce una valida giustificazione per l'arretramento delle tutele, sono ammesse tuttavia altre ragioni valide, altri motivi giustificativi del regresso; ed essi, ragionevolmente, non potranno che coincidere con quella «evoluzione della situazione» che, come abbiamo visto, è ben esplicitata nelle clausole di non regresso del secondo modello.

Il discorso non muta se si osserva la clausola contenuta nella dir. n. 92/85 (appena ricordata), poiché anche dalla sua, pur peculiare, formulazione - dovuta probabilmente al fatto che essa rappresenta la prima clausola di non regresso ad essere stata inserita nell'articolato normativo di una direttiva (v. *supra*) - emerge comunque come l'abbassamento dei livelli di tutela non possa costituire un «effetto» della direttiva (cioè, della sua mera 'attuazione' nei diversi ordinamenti nazionali); il che vuol dire che un regresso non è escluso in assoluto, ma può (legittimamente) derivare da altre ragioni¹¹³⁹.

9. - Concludendo su questi aspetti, si può dunque sostenere, richiamando quanto affermato in precedenza, che, in presenza di una clausola di non regresso, a qualunque modello essa sia riconducibile, l'eventuale arretramento protettivo costituisce una deviazione rispetto alla conservazione dei trattamenti più vantaggiosi; arretramento che risulta sempre *possibile*¹¹⁴⁰, ma soltanto in via di mera *eccezione*: lo Stato membro dovrà attestare la sussistenza di una «evoluzione» di quella situazione che, prima dell'entrata in vigore della direttiva, lo aveva indotto alla fissazione di regole di miglior favore per i lavoratori, così fornendo adeguata giustificazione su di un piano politico-istituzionale. Si noti, d'altro canto, che si è in presenza di una questione che attiene anche alle sue generali responsabilità di *accomplishment* cooperativo alla normativa comunitaria.

Al riguardo, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, sia ancora consentito ribadire che il vincolo di non regressione, nei termini in cui è stato qui ricostruito, risulta perfettamente coerente con i principi generali del Trattato: a parte, ed oltre, il generale dovere di cooperazione - che accompagna sempre i comportamenti nazionali attuativi dei vincoli comunitari¹¹⁴¹, anche esso, al pari della *facoltà* prevista dall'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato, trova fondamento nella finalità di cui all'art. 136, co. 1° (miglioramento nel progresso).

Si potrebbe affermare, in proposito, che il legislatore comunitario intende sancire un obbligo degli Stati membri a rendere trasparenti le dinamiche regolative riguardanti materie che incidono

¹¹³⁹ Cfr. anche BORTONE, 1994, p. 381.

¹¹⁴⁰ Cfr. anche DELFINO, 2002, p. 501 ss.; ANGELINI, 2003, p. 81; FERRANTE, 2004, par. 6.

¹¹⁴¹ Cfr. GAROFALO L., 2004, p. 50 ss.

tanto sulla concorrenza che sul miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, assumendosi senza infingimenti la responsabilità politica delle proprie scelte di peggioramento della disciplina interna - in relazione agli interventi di regolazione del legislatore comunitario nelle materie di propria competenza - nei confronti della comunità internazionale (oltre che, evidentemente, nei confronti alla pubblica opinione interna), attraverso un'adeguata motivazione di carattere socio-economico¹¹⁴².

Tale giustificazione, è bene precisarlo, non potrebbe d'altronde che riguardare le autonome scelte di politica economica e sociale fatte proprie da ciascuno Stato, ma non v'è alcuna necessità che affondi la propria origine *formale* nel perseguimento di «un altro obiettivo contenuto nel Trattato»¹¹⁴³. A parte, comunque, l'astratta riconducibilità al Trattato della ormai quasi totalità delle politiche economico-sociali degli Stati membri della Comunità, specialmente quelle in materia occupazionale, ci sembra, a ben vedere, che la scelta di nobilitare l'operazione di regresso attraverso il suo ancoraggio a ragioni comunitarie non trova riscontro nel dato normativo, e possa spingere, in fin dei conti, a colorare con una verniciatura di europeismo¹¹⁴⁴ decisioni che sono - sia ben chiaro, *legittimamente* - affidate alle scelte di ciascun singolo Stato, nella ricerca costante dei propri equilibri interni, sulla base delle proprie politiche economiche e sociali¹¹⁴⁵. Da questo punto di vista, fatto salvo - e dunque rispettato - questo generale dovere di trasparenza nei confronti della Comunità, attraverso la formale indicazione delle ragioni economico-sociali del regresso, deve ritenersi che l'unico vincolo residuo nei confronti della Comunità stessa sia soltanto, come più volte sottolineato, il rispetto dei minimi di trattamento previsti dalla specifica direttiva.

Naturalmente, quanto appena detto non incide in alcun modo sul diverso problema dell'intrinseca 'compatibilità' della normativa nazionale su cui opera il vincolo di non regresso con le libertà economiche sancite dal Trattato. Ed infatti, il riconoscimento dell'efficacia giuridica della clausola di non regresso, quale qui ricostruita, non preclude certo la possibilità che nei confronti della normativa interna di miglior tutela sia richiesto l'esperimento del giudizio di compatibilità, da condursi secondo i criteri su cui ci si è soffermati *supra* (par. 3 ss.); di modo che la stessa clausola non potrebbe operare con riferimento alle discipline nazionali che, in ipotesi, non dovessero superare tale giudizio.

10. - Ulteriori problemi sollevati dalla clausola di non regresso sono quello dell'ambito entro cui essa deve ritenersi operante, nonché quello del 'metro' da adottare per la verifica della

¹¹⁴² Da questo punto di vista non si condivide affatto la posizione di chi sostiene che, poiché l'art. 137, par. 4, del Trattato CE (nella formulazione successiva alle modifiche introdotte con il Trattato di Nizza) «non richiede che sia argomentata la decisione di mantenere condizioni migliorative (o addirittura di aumentarle), non si ravvisa il motivo per cui si dovrebbe espressamente giustificare una modifica peggiorativa» (DONDI, 2004, par. 5); una posizione che, evidentemente, non tiene conto né dell'origine della norma in questione né della lettura che di essa va data alla luce dell'evoluzione della normativa del Trattato in materia sociale. Si è infatti già spiegata la differenza sussistente tra le due clausole, pur nella comune radice.

¹¹⁴³ Come ritenuto da DELFINO, 2002, p. 502 ss.

¹¹⁴⁴ Cfr., infatti, le specifiche argomentazioni di DELFINO, 2002, p. 506 ss., il quale, significativamente, giunge ad affermare che «spetterebbe, in ultima analisi, ai legislatori interni (e/o alle parti sociali) rintracciare le ragioni in grado di giustificare il regresso, nell'ambito dei 'macro-obiettivi' fissati dal Trattato».

¹¹⁴⁵ CARABELLI, 2002; PINTO, VOZA, 2002, p. 459.

sussistenza effettiva di tale regressione di tutele (da cui deriverebbe in capo allo Stato membro il vincolo di esplicitare l'*evoluzione della situazione* che ne avrebbe giustificato l'adozione).

10.1. - Partendo dal primo aspetto, e soffermandoci anche questa volta sulle direttive che contengono una clausola di non regresso nel loro articolato e non solo nei *Considerando* introduttivi, va anzitutto osservato come una parte di esse, pur all'interno di una struttura simile, presentino apparentemente una certa diversificazione lessicale. In particolare, in alcuni casi il principio di non regressione è configurato in modo da escludere la riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori «nel *settore* contemplato» o «disciplinato» dalla direttiva o dall'accordo¹¹⁴⁶, ovvero nei «*settori* rientrati nel suo campo di applicazione»¹¹⁴⁷; in altri casi, invece, il regresso è escluso attraverso il richiamo del livello generale di protezione dei lavoratori «nell'*ambito* coperto» dall'accordo o dalla direttiva¹¹⁴⁸ o negli «*ambiti* da essa trattati»¹¹⁴⁹.

In realtà il diverso riferimento al *settore* o all'*ambito*, e finanche l'uso di queste parole al plurale, non devono trarre in inganno, poiché tali diversificazioni paiono essere solo il frutto di traduzioni spesso insensibili all'esigenza di una omogeneità linguistica. Basterà verificare, ad esempio, la versione inglese per rendersi conto che ancora una volta non v'è corrispondenza lessicale univoca tra i testi pubblicati nelle diverse lingue: nella gran parte delle direttive citate, infatti, si fa riferimento al «*field*» (campo) o, talora, «*fields*», termine poi completato da specificazioni quali «*of the agreement*», «*covered by this Directive*», o simili; solo qualche volta il principio di non regresso è invece riferito alla «*area covered by [the Directive]*»¹¹⁵⁰, oppure alle «*areas to which it applies*»¹¹⁵¹. Insomma, ci sembra evidente che dalle predette differenze lessicali non sia lecito far derivare alcuna conseguenza.

Chiarito questo problema terminologico, è quindi possibile passare al merito della questione, rilevando come il generale riferimento al 'settore' o 'ambito', ovvero - preferendo d'ora in poi ricorrere ad una parola più conforme a quella normalmente adottata nella versione inglese - al 'campo' coperto (oppure, a seconda dei casi, contemplato, trattato, disciplinato) dalle diverse direttive, e non meramente agli specifici profili di esso regolati dalla concreta disciplina dettata da queste ultime, consente di affermare che il vincolo posto dalle clausole di non regresso è stato di certo concepito dal legislatore comunitario in modo da valere non (solo) rispetto a detti profili, ma rispetto, appunto, all'*intero* campo su cui lo specifico intervento comunitario è destinato comunque ad incidere¹¹⁵².

Sulla base della clausola (qualunque sia la sua formulazione), insomma, il legislatore nazionale, così come non può, in sede di attuazione della direttiva (e salvo non produca adeguata giustificazione), attestarsi su tutele che, per quanto conformi alla normativa fissata da quest'ultima, siano meno favorevoli rispetto alla previgente disciplina interna, al contempo neppure può sfruttare

¹¹⁴⁶ Dirr. nn. 96/34; 2002/14; 80/987, come modificata dalla dir. n. 2002/74.

¹¹⁴⁷ Dir. n. 97/80.

¹¹⁴⁸ Dirr. nn. 97/81; 99/63; cfr. anche la dir. n. 99/70.

¹¹⁴⁹ Dir. n. 2000/79.

¹¹⁵⁰ Dir. n. 80/987, come modificata dalla dir. n. 2002/74.

¹¹⁵¹ Dir. n. 2002/14; dir. n. 97/80.

¹¹⁵² Cfr. già CARABELLI, 2001b; ZAPPALÀ, 2001, p. 647; DELFINO, 2002, p. 488 ss.; DE ANGELIS, 2002, c. 40; LAZZARI, 2002, p. 443 s.; SPEZIALE, 2003, p. 456 s. *Contra*, sia pure con specifico riferimento alla dir. n. 1999/70, FRANZA, 2002, p. 17; TIRABOSCHI, 2002, 69; SANTORO PASSARELLI G., 2002, p. 184 s.; VALLEBONA, 2002, p. 30; cfr. anche PROIA, 2002, p. 419 s.

l'occasione di quell'attuazione per eliminare (o ridurre) tutele interne previgenti riferite ad altri profili regolativi che rientrano nel campo di riferimento della direttiva, ma che non sono stati direttamente toccati dalla disciplina di quest'ultima (fatta sempre salva un'adeguata giustificazione). Ciò, d'altronde, risulta coerente con la *ratio* della clausola di non regresso, poiché è evidente che la selezione operata dal legislatore comunitario, nel disciplinare solo alcuni profili riconducibili al campo di volta in volta coperto dalla specifica direttiva, può essere ritenuta indicativa solo della preferenza che, ai fini protettivi, esso ha ritenuto di riservare a tali profili (ovvero indicativa della difficoltà di raggiungere le complesse mediazioni che, come noto, conducono all'emanazione di una direttiva), senza che da quella preferenza possa dedursi che altri profili, eventualmente già oggetto di una disciplina nazionale di tutela, risultino esclusi dalla sfera di operatività della predetta clausola.

Né a conclusioni diverse da quelle esposte si arriva esaminando alcune (ulteriori) direttive sociali nelle quali si rinvencono talune varianti rispetto alle formule *standard* appena esaminate.

Ci si riferisce, anzitutto, alle dirr. n. 92/85 (miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento) e n. 94/33 (protezione dei giovani sul lavoro), nelle cui clausole di non regresso si fa diretto riferimento, rispettivamente, al livello di protezione «delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento» e al livello generale di protezione «dei giovani» (dove, il ricorso alle parole 'gestanti, puerpere o in periodo di allattamento' e alla parola 'giovani' sia nel titolo delle direttive, sia nelle clausole costituisce, a ben vedere, una rappresentazione ancora più evidente della lettura qui sostenuta).

Ma si pensi, inoltre, alla dir. n. 93/104, nella cui clausola di non regresso¹¹⁵³ - riconducibile al secondo dei modelli sopra delineati - si rinviene, affiancata alla (solita) affermazione secondo cui l'attuazione della direttiva «non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori», quella secondo cui è comunque fatto salvo il diritto degli Stati membri di introdurre, alla luce dell'evoluzione della situazione, 'disposizioni diverse' nel «*campo dell'orario di lavoro*»¹¹⁵⁴. Ebbene, siffatta esplicitazione del campo di riferimento non va certo intesa in senso restrittivo, posto che questa volta è proprio la disciplina positiva della stessa direttiva a segnalarci come il legislatore comunitario abbia inteso comunque riferirsi a tutti gli istituti del *tempo di lavoro*¹¹⁵⁵: ancora una volta, del resto, soccorre in tal senso la versione inglese della direttiva, la quale, senza alcuna incertezza, parla di «*field of working time*», confermando in pieno le argomentazioni fin qui sviluppate. Il risultato finale, insomma, è che nella dir. n. 93/104 - la cui clausola di non regresso, non lo si dimentichi, è stata la prima del secondo modello e, comunque, la seconda in assoluto (dopo quella di cui alla dir. n. 92/85, rientrante nel primo modello) ad essere introdotta nel *corpus* di una direttiva - l'espressione «dell'orario di lavoro» ha solo la funzione di specificare il contenuto della parola «campo».

Quanto si è appena escluso per la clausola di non regresso della dir. n. 93/104 parrebbe invece dover valere per le clausole di alcune recenti direttive, tutte significativamente in tema di parità di trattamento, nella quali è invece prevista una chiara delimitazione della disciplina rispetto alla

¹¹⁵³ Art. 18, par. 3, poi riprodotto pedissequamente dall'art. 23 della direttiva di 'codificazione' n. 2003/88.

¹¹⁵⁴ Una clausola molto simile è poi presente nell'art. 2, dir. n. 2000/34, che ha modificato la n. 93/104, il quale si riferisce però al ... «*settore dell'orario di lavoro*», ma è appena il caso di notare come la versione inglese parli pur sempre di *field*.

¹¹⁵⁵ Cfr. CARABELLI, LECCESE, 2004, p. 15.

quale si impone il vincolo del non regresso; ciò avviene, infatti, attraverso l'aggiunta dell'espressione «contro la discriminazione» in coda all'espressione «riduzione del livello di protezione», in funzione, appunto, di *delimitazione* di quest'ultima (mentre, come si è appena visto, nella dir. n. 104, l'espressione «dell'orario di lavoro» ha la mera funzione di *specificare* la parola «campo»). È il caso, ad esempio, della clausola contenuta sia nella dir. n. 2000/43 (che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) (art. 6), sia nella dir. n. 2000/78 (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) (art. 8, par. 2), alla cui stregua l'attuazione della direttiva non può costituire motivo «di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione» (ancora una volta «*fields covered*», nella versione inglese) della direttiva stessa. Un'identica previsione è stata poi introdotta, da parte della dir. n. 2002/73, nel corpo della dir. n. 76/207 (art. 8 *sexies*, par. 2), relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali, e le condizioni di lavoro. Orbene, ad avviso di chi scrive, la formulazione della clausola, questa volta, sembra effettivamente indicare l'intenzione del legislatore comunitario di limitarne l'efficacia ai soli istituti correlati alla discriminazione; di modo che si può asserire che le clausole di non regresso di queste ultime direttive fanno eccezione rispetto alla totalità delle altre, vincolando gli Stati membri, nell'ambito dei generali campi della parità di trattamento (con riguardo alla razza, all'etnia, al sesso, ecc.), ad evitare una regressione delle tutele (sempre nei termini più sopra enunciati) solo con riferimento alla discriminazione (di modo che, ad es., nei confronti di eventuali normative interne promozionali in tema di opportunità occupazionali o professionali tali clausole non opererebbero).

Un'ipotesi del tutto peculiare è infine rappresentata dalla dir. n. 2002/15 (organizzazione dell'orario di lavoro per coloro che effettuano operazioni mobili di autotrasporto), nella quale compare una clausola (art. 10, secondo periodo) in cui non v'è alcun rinvio al campo oggetto di intervento protettivo (o anche solo a parte di esso) ed il principio di non regresso è di fatto riferito direttamente alla tipologia dei lavoratori tutelati. Infatti, l'attuazione della direttiva non giustifica «il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori di cui all'art. 2, par. 1» (cioè i lavoratori mobili alle dipendenze di imprese stabilite in uno Stato membro che partecipano ad attività di autotrasporto contemplate dal reg. CEE n. 3820/85 o, in difetto, dall'accordo europeo relativo alle prestazioni lavorative degli equipaggi di veicoli addetti ai trasporti internazionali su strada). Sennonché, in questo caso è evidente che la clausola non possa riguardare *tutte* le tutele in astratto applicabili a questi lavoratori (!), ma solo quelle connesse allo scopo della direttiva che - come precisato anche nel suo art. 1 (oltre che nei *Considerando*) - è quello di stabilire prescrizioni minime «in materia di organizzazione dell'orario di lavoro» di quei lavoratori (al fine, da un lato, di migliorare sia la tutela della loro salute e sicurezza, sia la sicurezza stradale; dall'altro, di ravvicinare maggiormente le condizioni di concorrenza).

10.2. - Passando ad esaminare la seconda questione menzionata in apertura del paragrafo 10, relativa al tipo di indagine da adottare al fine di ritenere configurato un regresso, il problema che si pone è se, per valutare la sussistenza o meno di una regressione di tutele nella normativa emanata dal legislatore interno, si debba effettuare un confronto puntuale tra le singole disposizioni della nuova e della vecchia normativa, ovvero se l'intervento regolativo dello Stato nella materia in questione debba essere confrontato con la preesistente disciplina in termini complessivi, globali.

Il problema ricorda, a ben vedere, quello del conflitto tra la regolazione del contratto collettivo e quella del contratto individuale¹¹⁵⁶; problema rispetto al quale, come si ricorderà, si sono per lungo tempo confrontate le tesi del cumulo e, cioè, della sommatoria dei singoli trattamenti di miglior favore per il lavoratore (la quale evidentemente propende per una valutazione di tipo puntuale) e quella del conglobamento, secondo cui si dovrebbe applicare il trattamento che nel complesso risultasse più favorevole (tesi che propende, invece, per una valutazione di tipo globale).

Ad avviso di chi scrive non deve trarre in inganno la formulazione generica delle disposizioni comunitarie, nel senso che il riferimento al «livello generale di protezione» o «di tutela», presente nella maggior parte delle clausole, non può indurre all'automatica adozione della seconda soluzione¹¹⁵⁷. A questa lettura, dalla quale emerge un'eccessiva sopravvalutazione del mero dato letterale, può essere opposta l'obiezione, a nostro avviso insuperabile, dell'impossibilità di confrontare regolazioni attinenti ad istituti radicalmente differenti della stessa materia, che pure possono trovare disciplina nelle singole direttive. Si pensi, per restare ancora all'esempio paradigmatico della dir. n. 93/104, alle varie discipline dedicate ad istituti quali l'orario di lavoro diurno e notturno, le pause, i riposi giornalieri, i riposi settimanali e le ferie: ove si optasse per la soluzione qui contestata, si sarebbe costretti ad operare una comparazione paradossale in quanto fatta «ponendo nel calderone cose e situazioni diversissime»¹¹⁵⁸, quantunque tutte attinenti in linea generale alla disciplina del *tempo di lavoro*.

Per contro, sempre secondo nostra opinione, si deve, nello stesso tempo, riconoscere che le predette espressioni ('livello generale di protezione' o 'di tutela') sembrano chiaramente escludere, questa volta proprio per il loro chiaro tenore letterale, una comparazione 'pignola' ed analitica tra le tante specifiche norme che disciplinano i vari, singoli aspetti di quegli istituti, la quale farebbe perdere di vista, appunto, la necessità di muoversi nella prospettiva di una protezione di carattere *generale*.

Ecco perché la soluzione da accogliere, compatibile con il dettato normativo (ma altresì dettata dalla logica e, perché no, dal buon senso), sembra debba essere, in un certo senso, analoga a quella avanzata da una parte della dottrina e giurisprudenza rispetto al menzionato problema del rapporto tra contratto collettivo ed individuale: la comparazione dei trattamenti regolativi va fatta *istituto per istituto*, dato che soltanto rispetto a ciascuno di essi è possibile misurare l'eventuale arretramento di tutele. E poiché deve aversi riguardo, appunto, al «livello generale di protezione», il confronto non potrà essere effettuato con riferimento a ogni singolo aspetto, anche minore o secondario, della regolamentazione di quell'istituto, ma dovrà implicare una valutazione complessiva della vecchia e nuova disciplina di esso, mirando a verificare che non vi sia arretramento in relazione all'*essenza* della tutela: il confronto, in altre parole, dovrà essere effettuato

¹¹⁵⁶ Su cui v., per tutti, GIUGNI, 2001, p. 138 s.; GHEZZI, ROMAGNOLI, 2001, p. 154 s.; PERA, PAPALEONI, 2003, p. 166 s.

¹¹⁵⁷ Per la soluzione del conglobamento optano invece DELFINO 2002, p. 507 ss. e TOSI, LUNARDON, 2005, p. 124; cfr. anche DONDI, 2004, par. 2. Con specifico riferimento alla dir. n. 1999/70, si è ritenuto che il confronto non vada effettuato «con riguardo a singoli aspetti di disciplina», ma osservando la «disciplina complessiva del contratto a termine» (DE ANGELIS, 2002, c. 40; cfr. anche VALLEBONA, 2002, p. 29 s.); per una diversa soluzione, cfr. DE LUCA, 2002, c. 95 ss. e CENTOFANTI, 2001, spec. p. 925 s.

¹¹⁵⁸ L'efficace espressione è in PERA, PAPALEONI, 2003, p. 167.

con riguardo a quelle parti della disciplina dell'istituto che hanno valore essenziale e caratterizzante¹¹⁵⁹.

11. Una volta ricostruiti - nei termini sin qui esposti - il significato e il valore giuridico della clausola di non regresso, va dedicato qualche cenno alle conseguenze dell'eventuale violazione della clausola da parte di uno Stato membro.

Al riguardo va anzitutto sottolineato come, in una simile evenienza, sia ben possibile l'apertura della procedura d'infrazione prevista per l'ipotesi in cui uno Stato membro abbia mancato ad uno degli obblighi su di esso incombenti in virtù del Trattato (v. artt. 226 ss.)¹¹⁶⁰. Ma, al di là di questo, il profilo più delicato attiene ad eventuali ulteriori effetti che potrebbero derivare, sul piano del diritto interno, ove sia riscontrata quella violazione.

Preliminarmente è bene segnalare che chi scrive parte dal presupposto, su cui ci è soffermati in precedenza, della giuridica vincolatività della clausola di non regresso. Si consideri, peraltro, che le argomentazioni che seguono non sarebbero diverse nel caso di rimessione da parte del giudice nazionale alla Corte di una questione interpretativa in via pregiudiziale – ai sensi dell'art. 234 del Trattato – su questo essenziale aspetto della clausola, cui facesse seguito una pronuncia della Corte in tal senso¹¹⁶¹.

Ciò detto, può notarsi che la soluzione del quesito relativo alle conseguenze interne derivanti dalla violazione della clausola non può prescindere dal riferimento all'armamentario concettuale elaborato, nel corso di un'articolata (oltre che non sempre coerente) evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, in merito agli effetti che, nei singoli ordinamenti, possono essere riconosciuti alle disposizioni contenute nelle direttive.

Com'è noto, la Corte sembra ormai assestata nel ritenere che tali disposizioni possono essere fatte valere dinanzi ad un giudice nazionale ove risultino, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente chiare e precise (*self executing*), cioè non lascino margini di discrezionalità agli Stati membri chiamati ad attuarle, ponendo un diritto determinato sia nell'*an* che nel *quantum*. Queste ultime condizioni costituiscono il presupposto per il realizzarsi di un 'effetto diretto' delle medesime disposizioni, sì che un singolo può farle valere dinanzi al giudice interno nei confronti dello Stato membro che, pur obbligato a recepirle, non vi abbia provveduto o vi abbia provveduto in modo non corretto (riconoscimento del c.d. effetto *verticale*). La presenza di siffatte condizioni, peraltro, non basta a rendere operanti le disposizioni delle direttive nei rapporti tra privati, poiché esse non possono in ogni caso creare obblighi (anche) a carico dei singoli

¹¹⁵⁹ CARABELLI, 2001b; in senso parzialmente adesivo, ZAPPALÀ, 2003, p. 104 s. L'interpretazione qui proposta, evidentemente, esclude alla radice che nell'ipotesi 'calderone' di cui si è detto in testo, possano addirittura essere calati, come contropartita di specifici peggioramenti sul piano delle tutele nel *rapporto* di lavoro, eventuali (talora solo ipotetici) benefici che sarebbero riconosciuti ai singoli nel *mercato* del lavoro (in senso analogo cfr. DE LUCA, 2002, c. 105 e nt. 44).

¹¹⁶⁰ Sulle possibili soluzioni dei problemi inerenti alle difficoltà che la Corte di giustizia potrebbe incontrare nel formulare il proprio giudizio, v., *supra*, nt. 126.

¹¹⁶¹ Cfr. MOIZARD, 2003, p. 9. A quel che consta, al momento risulta essere stata sottoposta alla Corte, da un giudice tedesco, una questione pregiudiziale relativa all'effetto sull'ordinamento interno della clausola contenuta nell'accordo europeo sul contratto a tempo determinato, di cui alla dir. n. 99/70 (Causa C-144/04, *Mangold c. Helm*, in *GUUE*, 29.5.2004, C 146/01).

e, pertanto, non possono essere fatte valere, in quanto tali, nell'ambito di una controversia tra privati (esclusione del c.d. effetto *orizzontale*). Ciò nondimeno, come ancora chiarito dal Giudice comunitario, sia l'obbligo di conseguire i risultati voluti da una direttiva, sia il dovere di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare idonee ad assicurare l'adempimento degli obblighi derivanti dal Trattato (cfr. art. 10), gravano su tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi quelli giurisdizionali: il giudice nazionale, quindi, qualora sia chiamato a decidere una controversia tra privati, deve comunque compiere ogni sforzo per interpretare il diritto nazionale, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato da essa perseguito (cfr. art. 249, co. 3, del Trattato) (che si potrebbe definire effetto *pseudo-orizzontale*)¹¹⁶².

Ebbene, non può sfuggire - rispetto alle 'tradizionali' disposizioni di direttiva su cui è stata costruita la giurisprudenza comunitaria qui rapidamente sunteggiata - l'anomalia costituita dalla clausola di non regresso. Essa, infatti, non pone direttamente una disciplina positiva *self executing* dell'istituto, e ciò apparentemente sembrerebbe escludere, alla radice, il verificarsi di un 'effetto diretto', secondo la prospettiva adottata dalla Corte di giustizia

Sennonché, tale conclusione può in parte essere corretta se si osservano, da un lato, il presupposto stesso da cui la clausola muove, e cioè l'esistenza (eventuale) di una disciplina interna previgente rispetto all'adozione della direttiva; e, dall'altro, il modo in cui essa opera sull'ordinamento interno, nel senso che l'obbligo di non regresso si configura come obbligo di conservare una normativa interna che (evidentemente) contiene tutele e diritti, per così dire, chiari, precisi e incondizionati.

Ove si consideri tutto ciò si potrebbe dire, in primo luogo, che la clausola agisce nei singoli ordinamenti a mo' di *specchio riflettente*, restituendo ad essi le norme interne vigenti all'epoca dell'adozione dell'atto comunitario, in qualità di disposizioni dotate di una efficacia vincolante, onde lo Stato membro non potrà modificarle in senso peggiorativo; più precisamente, tali norme acquisiscono una peculiare resistenza al mutamento, non assoluta, ma relativa, nel senso più volte precisato (lo Stato membro è cioè vincolato alla giustificazione del mutamento regressivo).

In secondo luogo, questa caratteristica propria della clausola in questione comporta un'ulteriore conseguenza di rilievo, a ben vedere diversa ma in qualche misura affine a (o comparabile con) quella che si produce nel caso di disposizioni comunitarie *self executing*. Ed infatti, pur se le norme interne *non* subiscono alcuna 'mutazione genetica' per effetto della clausola predetta (non trasformandosi certo in norme comunitarie!), deve tuttavia ritenersi che la combinazione del descritto *effetto specchio* della clausola di non regresso con la specifica natura delle (previgenti) norme interne *riflesse* (che, come detto, quantificano un diritto in modo preciso e incondizionato) fa sì che quelle norme divengano invocabili dai privati nelle controversie nei confronti dello Stato membro, allorquando quest'ultimo abbia introdotto una disciplina regressiva in termini di tutele, violando la clausola (in quanto non abbia addotto alcuna giustificazione).

A questo riguardo, va precisato che l'efficacia rafforzata delle norme interne deriva *pur sempre* da una disposizione contenuta in una direttiva, onde è da ritenere che, al pari di quanto avviene - secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia - per le norme di direttiva *self*

¹¹⁶² V., da ultimo, Corte giust. com. eur. 5 ottobre 2004 (cause riunite da C-397/01 a C-403-01). Sugli orientamenti della Corte in materia, v. da ultimo, anche per rinvio alla dottrina, ROCCELLA, 2004, parr. 1 e 1.1.

executing, anche l'obbligo imposto dalla clausola di non regresso è destinato ad operare, nei termini predetti, *esclusivamente* nei confronti dello Stato. Ove invece si tratti di una controversia tra privati, al giudice nazionale non si potrà richiedere altro sforzo se non quello di procedere, beninteso ove ciò sia praticabile alla luce del concreto contenuto regolativo del nuovo dato normativo (ad esempio, incertezza sull'abrogazione o meno di una precedente norma di tutela), ad una sua interpretazione in modo il più possibile conforme alla salvaguardia della disciplina previgente (in ottemperanza, appunto, al principio di non regresso)¹¹⁶³.

Da queste osservazioni deriva altresì - con specifico riferimento al nostro ordinamento - che, quantomeno nei casi in cui una simile interpretazione 'conformatrice' non sia possibile, il singolo giudice potrà sollevare una questione di costituzionalità per violazione dell'art. 11 Cost.¹¹⁶⁴. Come la Corte costituzionale ha già avuto modo di ritenere, infatti, il regresso delle tutele (se non appositamente giustificato, per quanto sin qui argomentato da chi scrive), facendo «sorgere la responsabilità dello Stato italiano per inadempimento di uno specifico obbligo comunitario», si pone in contrasto - oltre che con il relativo ordinamento - anche con la nostra Costituzione¹¹⁶⁵.

D'altra parte, va segnalato, quale ultima annotazione sempre riferita al nostro ordinamento e, in particolare, al meccanismo di recezione delle direttive previsto in Italia dalla L. n. 86 del 1989 (cd. Legge La Pergola), che uno specifico profilo di incostituzionalità, questa volta per contrasto con l'art. 76 Cost., può essere ipotizzato qualora un decreto legislativo attuativo di legge delega contenga un regresso nelle tutele previgenti in assenza di specifici criteri direttivi, dai quali emerga in modo specifico l'intento del Parlamento di addivenire, in occasione del recepimento della direttiva, ad un siffatto regresso; e sul punto chi scrive ha già espresso la propria opinione in questo senso in altra sede¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ Non pare condivisibile, a questo riguardo, la diversa soluzione proposta, con specifico riferimento alla clausola contenuta nella dir. n. 93/104 (orario di lavoro), da FERRANTE, 2004, par. 8, il quale ritiene che, ove risulti violata la clausola, il giudice nazionale possa comunque procedere, anche ove si tratti di una controversia tra privati, ad una «disapplicazione parziale» della nuova disciplina interna, nella parte in cui risulti peggiorativa rispetto a quella previgente. La conclusione viene argomentata sulla base del presupposto che il limite relativo all'efficacia *orizzontale* delle direttive può considerarsi «superato in virtù del fatto che, in questo caso, la tutela dell'orario di lavoro *trova diretta radice* [...] in una norma comunitaria primaria, quale quella di cui all'art. 136 TCE, che riconosce un diritto alla *parificazione nel progresso* dei diritti sociali in capo ai soggetti privati dei singoli ordinamenti nazionali». Ebbene, a parte ogni osservazione sulla natura meramente programmatica dell'art. 136 per questo aspetto (*supra*, par. 3), un punto critico di questa ricostruzione, risiede in quello che, a nostro avviso, costituisce il suo inevitabile presupposto: cioè il ritenere che una previsione del Trattato (art. 136) non costituisca meramente il *fondamento giuridico* anche delle clausole di non regresso, come di altre disposizione contenute nelle diverse direttive (clausole che, ove specificamente dettate nel singolo atto di diritto derivato, acquisiscono l'efficacia giuridica sin qui illustrata), ma contenga *direttamente* essa stessa un vincolo generale di non regresso, valevole per qualsiasi intervento comunitario in materia di politica sociale (e ciò, evidentemente, indipendentemente dalla 'riproposizione' del principio nella singola direttiva). Ma si tratta di un presupposto che, per quanto qui argomentato, non si può condividere: v. *supra*, spec. par. 7.

¹¹⁶⁴ E probabilmente, come ipotizzato da GAROFALO L. (2004, p. 51 s. e p. 54), dell'art. 117, nuovo testo. Sulla questione dell'utilizzabilità delle norme comunitarie quali parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, v. da ultimo, anche per i necessari rinvii dottrinari e alla giurisprudenza della Corte costituzionale, CELOTTO, 2003, p. 220 ss.

¹¹⁶⁵ Cfr. Corte cost. n. 45/2000, cit., la quale, benché volta ad escludere, anche sulla base di tali argomenti, l'ammissibilità di un *referendum* volto all'abrogazione della previgente disciplina del *part-time* (spec. p. 752), contiene certamente un principio utilizzabile anche qualora la Corte sia chiamata a valutare la legittimità di una norma successiva alla direttiva che modifichi in senso peggiorativo previgenti tutele o le sopprima del tutto.

¹¹⁶⁶ LECCESE, 2001, p. 212 s. e p. 427; CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3.3; CARABELLI, LECCESE, 2004, p. 17 e p. 39 s.; cfr. altresì ROCCELLA, 2001; CENTOFANTI, 2001, p. 918; ANDREONI, 2002, p. 81 ss.; SPEZIALE, 2003, p. 463 s.; OCCHINO, 2004, p. 202 s.; FERRANTE, 2004, par. 6. Una questione di illegittimità costituzionale di alcune norme del d.lgs. n. 368/2001 per violazione dell'art. 76 Cost., posta anche con riferimento alla clausola di non regresso contenuta nella clausola 8, par. 3, dell'accordo europeo sul contratto a tempo determinato (attuato con la dir. n. 1999/70), è stata sollevata da Trib. Rossano, ord. 17 maggio 2004, in GU, 1ª serie spec., n. 45 del 17.11.2004, p. 116 ss.

Riferimenti bibliografici

AA.VV., 2003, *Chi ha paura del soft law*, in *Lav. dir.*, p. 3 ss.

ADINOLFI A., 1994, *Parere su Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 361 ss.

ANDREONI A., 2002, *Precarizzazione del lavoro e tutele nel mercato (dal decreto legislativo n. 368/2001 al disegno di legge delega n. 848/2001)*, in GHEZZI G., NACCARI G., TORRICE A., *Il Libro bianco e la Carta di Nizza. Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, Ediesse, Roma, p. 55 ss.

ANGELINI L., 2003, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 77 ss.

APARICIO TOVAR J., 1996, *Sicurezza sul lavoro*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, p. 567 ss.

ARRIGO G., 1998, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo I (Principi - Fonti - Libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori), Giuffrè, Milano.

BALANDI G.G., 1998, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali, Quaderni dir. lav. rel. ind.*, n. 20, Utet, Torino, p. 112 ss.

BALLARINO T., 2001, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova.

BARBERA M., 2000, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia.

BARNARD C., 2000, *EC Employment Law*, Oxford University Press, Oxford.

BARNARD C., DEAKIN S., 2000, *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, in *Industrial Law Journal*, p. 331 ss.

BORTONE R., 1994, *Parere su Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 361 ss.

CARABELLI U., 2001a, *I Licenziamenti per riduzione del personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro, Cacucci, Bari, p. 111 ss.

CARABELLI U., 2001b, *Intervento programmato* al Seminario del Cesri-Luiss, su *La riforma del lavoro a termine*, Roma, 22 ottobre 2001, in www.unicz.it/lavoro

CARABELLI U., 2002, *Intervento a «Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento»*, I Seminario di studi "Massimo D'Antona", Firenze, 18 gennaio 2002, in www.dirittodellavoro.it/public/current/ejournal/, p. 39 ss.

CARABELLI U., LECCESE V., 2002, *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia* (Rapporto sull'Italia presentato al Séminaire de recherche européen: Leçons d'une réduction de la durée du travail, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002), in www.unicz.it/lavoro

- CARABELLI U., LECCESE V., 2004, *Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, p. 3 ss.
- CARTABIA M., 1995, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano.
- CELOTTO A., 2003, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, Utet, Torino.
- CENTOFANTI S., 2001, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. dir.*, p. 914 ss.
- COSMAI D., 2003, *Tradurre per l'Unione Europea*, Hoepli, Milano.
- CRAIG P., DE BURCA G., 2003, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, University Press, Oxford.
- DAVIES P., 1995, *Market Integration and Social Policy in the Court of Justice*, in *Industrial Law Journal*, p. 49 ss.
- DAVIES P., 2002, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, p. 298 ss.
- DEAKIN S., 1996, *Labour Law as Market Regulation: Economic Foundation of European Social Policy*, in DAVIES P., LYON-CAEN A., SCIARRA S., SIMITIS S. (a cura di), *European Community Labour Law: principles and perspectives, Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Clarendon Press, Oxford, p. 63 ss.
- DE ANGELIS L., 2002, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, V, c. 36 ss.
- DELFINO M., 2002, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 487 ss.
- DELFINO M., 2003, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *Dir. lav. merc.*, p. 652 ss.
- DE LUCA M., 2002, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Foro it.*, V, c. 93 ss.
- DE LUCA TAMAJO R., 2002, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Ed. scient. it., Napoli, p. 9 ss.
- DONDI G., 2004, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in tema di protezione sociale: quali condizionamenti per l'ordinamento giuslavoristico nazionale?*, di prossima pubblicazione negli *Studi in onore di Mattia Persiani* (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).
- ESPOSITO M., 2002, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli.
- FERRANTE V., 2004, *Sub art. 19*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 6, p. 1418 ss.
- FOGLIA R., 1999, *Il lavoro* (estratto da *Il diritto privato dell'Unione europea*, vol. XXVI, t. II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino.

- FOGLIA R., 2001, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. giur. lav.*, p. 806 ss.
- FRANZA G., 2002, *La direttiva comunitaria n. 99/70/CE*, in PERONE G. (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giappichelli, Torino, p. 13 ss.
- GAJA G., 1991, *Fonti comunitarie*, in *Digesto disc pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, p. 433 ss.
- GALANTINO L., 2003, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- GAROFALO L., 2004, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *Riv. giur. lav.*, p. 39 ss.
- GHERA E., 2001, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, p. 133 ss.
- GHERA FED., 2003, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova.
- GHEZZI G., ROMAGNOLI U., 2001, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna.
- GIUBBONI S., 2003, *Diritti sociali e mercato*, il Mulino, Bologna.
- GIUBBONI S., 2004a, *Da Roma a Nizza: libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, n. 27, Utet, Torino, p. 9 ss.
- GIUBBONI S., 2004b, *Diritti e politiche sociali nella «crisi» europea*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 30, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione
- GIUGNI G., 2001, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- LA MACCHIA C., 1990, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 769 ss.
- LAZZARI C., 2002, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Dir. rel. ind.*, p. 435 ss.
- LECCESE V., 2001, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- LYON-CAEN G., 1992, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, p. 313 ss.
- MANCINI G.F., 1989, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, p. 9 ss. (ora in *Id.*, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 159 ss.).
- MARESCA M., 1996, *Il coordinamento tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali in tema di protezione dell'ambiente di lavoro*, in *Dir. comm. int.*, p. 369 ss.
- MOIZARD N., 1999, *Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français*, in *Droit Social*, p. 916 ss.
- MOIZARD N., 2000, *L'interprétation judiciaire progressiste des directives sociales: l'exemple de l'affaire «Renault-Vilvoorde»*, in *Revue Juridique du Centre Ouest*, n. 24, p. 29 ss.

- MOIZARD N., 2003, *Droit communautaire. Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d'un harcèlement*, in *Semaine sociale Lamy*, n. 1113, p. 8 ss.
- NOVELLA M., VALLAURI M.L., 2005, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto comunitario*, di prossima pubblicazione.
- NUNIN R., 2001, *Il dialogo sociale europeo*, Giuffré, Milano.
- OCCHINO A., 2004, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino.
- OLIVELLI P., 2002, *Diritti sociali e «metodo di coordinamento aperto» in Europa*, in *Arg. dir. lav.*, p. 313 ss.
- ORLANDINI G., 1999, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. dir. lav.*, p. 465 ss.
- PERA G., PAPALEONI M., 2003, *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova.
- PINTO V., VOZA R., 2002, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 453 ss. (ora anche in PINTO V., 2004, *Lavoro e nuove regole*, Ediesse, Roma, p. 19 ss.).
- POCAR F., 2001, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- POCAR F., VIARENGO I., 2001, *Diritto comunitario del lavoro*, II ed., Cedam, Padova.
- POIARES MADURO M., 2001, *Never on a Sunday - Whay has (EU) Law got to do with it?*, in SCIARRA S. (ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p. 273 ss.
- PROIA G., 2002, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 411 ss.
- ROCCELLA M., 1997, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- ROCCELLA M., 2001, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm.
- ROCCELLA M., 2004, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 49, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.
- ROCCELLA M., TREU T., 2002, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.
- SANTONI F., 1992, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 659 ss.
- SANTORO PASSARELLI G., 2002, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, p. 177 ss.
- SCARPONI S., 2002, *Lavori flessibili, autonomia collettiva tra diritto comunitario e interno*, in *Lav. dir.*, p. 361 ss.
- SCIARRA S., 2003, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 19, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

SCIARRA S., 2004a, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di "soft law"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, p. 281 ss. (anche in Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 24/2003, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione).

SCIARRA S., 2004b, *The evolution of Labour Law (1992-2003), General Report - Final Draft*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 46, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

SIMITIS S., 1995, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 521 ss.

SPEZIALE V., 2003, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studi Aidlass (Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002), Giuffrè, Milano, p. 399 ss.

TESAURO G., 1995, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova.

TESAURO G., 2003, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova.

TIRABOSCHI M., 2002, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giuffrè, Milano, p. 41 ss.

TOSI P., LUNARDON F., 2005, *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Editori Laterza, Roma-Bari.

TREU T., 1992, *L'Europa sociale: dall'atto unico a Maastricht*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 10/1991, p. 9 ss.

TREU T., 2001, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna.

VALLEBONA A., 2002, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, I, p. 1 ss.

ZAPPALÀ L., 2001, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, p. 633 ss.

ZAPPALÀ L., 2003, *Le «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 69 ss.

Le agenzie per il lavoro: nuove regole e valutazioni di legittimità costituzionale*

Anna Alaimo

PARTE I. LE AGENZIE PER IL LAVORO: ATTIVITÀ E PROCEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE.	518
1. Agenzie per il lavoro e servizi pubblici per l'impiego: linee ispiratrici della riforma.	518
2. Tipologie di attività, albo nazionale unico e superamento del principio dell'esclusività dell'oggetto sociale.	520
3. Procedure di autorizzazione ed iscrizione all'albo informatico delle agenzie per il lavoro: norme legali e regolamentari (D.M. 23.12. 2003).	524
3.1. La normativa sulle autorizzazioni e i presunti vizi di legittimità costituzionale: Corte cost. n. 50 del 2005.	530
4. Vecchie agenzie e nuovi provvedimenti di autorizzazione.	533
PARTE II. LE AGENZIE PER IL LAVORO: REQUISITI GIURIDICI E FINANZIARI.	534
1. Premesse.	534
2. Requisiti comuni.	535
2.1. (Segue) In particolare: idoneità dei locali e competenze professionali adeguate. Il D.M. 5.5.2004.	536
2.2. (Segue) Altri requisiti comuni.	537
3. Requisiti differenziati. In particolare: i requisiti finanziari.	538
3.1. (Segue) Distribuzione dell'attività su almeno quattro regioni e indicazione dell'oggetto sociale prevalente.	540
3.2. I requisiti/obblighi delle agenzie di somministrazione. Sospensione e revoca dell'autorizzazione ex art. 7, D.M. 23.12.2003.	542
4. Art. 5 e D.M. 5.5.2004: norme statali "di dettaglio"? Profili di legittimità costituzionale.	544

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 36/2005

Parte I. Le agenzie per il lavoro: attività e procedimento di autorizzazione.

1. Agenzie per il lavoro e servizi pubblici per l'impiego: linee ispiratrici della riforma.

Nell'impianto del titolo II del d. lgs. n. 276 del 2003, l'art. 4 rappresenta, assieme all'art. 6, una delle due porte di ingresso dell'ampia serie di soggetti, privati e pubblici, nell'area dei servizi per il mercato del lavoro ridefiniti dal legislatore delegato nell'art. 2 (lett. a-d).

Dopo la riforma dei servizi per l'impiego gestiti dai soggetti pubblico-locali, le due norme sono tra quelle che integrano più visibilmente la nuova disciplina nazionale del collocamento pubblico¹¹⁶⁷, completata, nel 2002, dal d. lgs. n. 297¹¹⁶⁸; esse si pongono, dunque, in linea di continuità con quest'ultimo provvedimento di riforma del sistema dei servizi all'impiego al quale la delega contenuta nella legge n. 30 del 2003 si era, sostanzialmente, sovrapposta¹¹⁶⁹.

Le disposizioni dell'art. 4 intervengono, in particolare, su un'area prima occupata da due serie di disposizioni: quelle del d. lgs. n. 469 del 1997, sull'apertura ai privati delle attività di mediazione, in sostituzione del monopolio pubblico della funzione collocativa¹¹⁷⁰, e le numerose norme della "Legge Treu" (l. n. 196 del 1997) riguardanti le agenzie di lavoro temporaneo.

Se è vero, così, che il d. lgs. n. 276 del 2003 non contiene novità significative sul piano della gestione dei servizi per l'impiego pubblici e del rapporto Stato-Regioni¹¹⁷¹ – poiché non introduce elementi di novità nell'attuazione del cd. principio di "sussidiarietà verticale"¹¹⁷² – l'intero titolo II del decreto e, in particolare, l'art. 4 assumono, invece, un'importanza decisiva sul piano del rapporto soggetti pubblici - soggetti privati e, cioè, sul versante della cd. sussidiarietà orizzontale¹¹⁷³. Si tenta, infatti, di realizzare quella virtuosa distribuzione tra soggetti privati e pubblici

¹¹⁶⁷ Così espressamente si legge nella *Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 276 del 2003*.

¹¹⁶⁸ Sul quale v. AA.VV., *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego. Commentario al d. lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30*, (a cura di TIRABOSCHI M.), Giuffrè, 2003.

¹¹⁶⁹ Come nota FILI V., *Art. 1, commi 1 e 2, lett. A), B), C), D), E), F), G), H), I), L), Q). Servizi per l'impiego e collocamento*, in AA.VV., *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro* (a cura di CARINCI M.T.), Ipsoa, 2003, 50, la l. 14 febbraio 2003, n. 30 è infatti stata emanata solo un mese dopo la pubblicazione del d. lgs. n. 297 del 2002 nella G.U. n. 11 del 15 gennaio 2003. La linea di continuità tra la disciplina del mercato del lavoro delineata dal titolo II del d. lgs. n. 276 del 200 ed i provvedimenti legislativi immediatamente precedenti la "riforma Biagi" è sottolineata con particolare enfasi da TIRABOSCHI M., *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in Olivelli P., Tiraboschi M. (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, 2004, pp. 40 e ss. Cfr. anche TREU T., *La nuova normativa sul mercato del lavoro. Opportunità e rischi, Aggiornamenti sociali*, 2004, 1, p. 28.

¹¹⁷⁰ Così LISO F., *Articolo 3. Finalità*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, D.lgs 10 settembre 2003, n. 276* (coordinato da Pedrazzoli M.), Zanichelli, 2004, p. 43.

¹¹⁷¹ Eccezion fatta, come si vedrà, per il profilo riguardante il rapporto tra autorizzazione nazionale e possibili autorizzazioni regionali alle agenzie.

¹¹⁷² Principio assunto già, nel 1997, a principio ispiratore della riforma del collocamento pubblico: l. n. 59 del 1997 e d. lgs. n. 469 del 1997.

¹¹⁷³ Sul principio di sussidiarietà orizzontale, espressamente contemplato, dopo la riforma costituzionale del 2001 (l. cost. n. 3/2001), dall'art. 118, c. 4 Cost. ("Stato, Regioni, Città metropolitane; Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"), v., per tutti e per ulteriori richiami, VIOLINI L., *Il principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Sussidiarietà. La riforma possibile* (a cura di Vittadini G.), Milano, 1998, p. 57; RUFFOLO U., *Principio di sussidiarietà e autonomia privata, Responsabilità, comunicazione e impresa*, 1999, p. 371; RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, DP, 2002, 5; ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, DP, 2002, p. 51; e, da ultimi, nella prospettiva della sua applicazione ai servizi per l'impiego, CANAVESI G., *Il principio*

poteri dei compiti di erogazione dei servizi per il mercato del lavoro, già da tempo preannunciata dal Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia (d'ora in poi, Libro Bianco)¹¹⁷⁴.

È noto che il documento programmatico varato dal governo nel 2001 auspicava una «decisa accelerazione delle misure che potessero favorire la diffusione di operatori privati polifunzionali dedicati ad un efficiente ed equo incontro tra domanda ed offerta»¹¹⁷⁵ e che numerosi riferimenti al binomio - invero discutibile - della cooperazione/competizione (tra strutture pubbliche e private)¹¹⁷⁶ erano già presenti tanto nella Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 276 del 2003, quanto, ancor prima, nello stesso Libro Bianco¹¹⁷⁷.

Se, del resto, come ritengono alcuni pronostici più scettici del sistema che si verrà a creare dopo la riforma del 2003, l'accentuata "privatizzazione" e "deregolazione" delle attività delle agenzie per il lavoro, piuttosto che apprezzabile in termini virtuosi, di valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, rende poco credibile la destinazione di tali agenzie al soddisfacimento di finalità pubbliche e interessi collettivi inerenti al governo del collocamento e del mercato del lavoro (e più verosimile l'espandersi dell'area dei cdd. "servizi alle imprese")¹¹⁷⁸, è anche vero che l'art. 4, con la creazione di un albo unico delle agenzie per il lavoro, ha il pregio di fungere da norma di razionalizzazione di un sistema in parte già preesistente. La disposizione in commento, oltre che innovare il quadro precedente delle agenzie, lo ricompone, infatti, attraverso un elenco ordinato dei cinque tipi di attività che le medesime possono essere autorizzate a svolgere, col risultato, già di per sé apprezzabile, di rendere più intelligibile che in passato il complesso delle attività affidabili ai soggetti privati e la disciplina della vigilanza amministrativa che li riguarda.

di sussidiarietà orizzontale nei sistemi regionali dei servizi per l'impiego, in AA.VV., *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Giuffrè, 2003, 221 e BONURA H., *I servizi per il mercato del lavoro tra pubblico e privato*, Tesi di dottorato, 2004, sp. pp. 136 e ss.

¹¹⁷⁴ Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. *Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001.

¹¹⁷⁵ Punto II.1.4. dedicato agli operatori privati per il lavoro.

¹¹⁷⁶ Come è stato osservato, nel momento in cui si disegnano le politiche di indirizzo delle dinamiche di mercato, non è, infatti, corretto accostare "competizione" a "cooperazione": a questo livello di intervento - che è quello proprio del d. lgs. n. 276 del 2003 - occorre, difatti, scegliere tra competizione e cooperazione (LASSANDARI A., *Agenzie per il lavoro*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI E., PERULLI A., Cedam, 2004, p. 97). Su tali profili v., da ultimo, anche CERBONE M., *Decentramento dei servizi per l'impiego e riforma del mercato del lavoro*, in AA.VV., *Problemi giuridici del mercato del lavoro* (a cura di Rusciano M.), Jovene, 2004, sp. pp. 64 e ss. Un interessante sviluppo di questi temi ed un'analitica distinzione fra i tre possibili modelli di relazione tra pubblico e privato (cooperazione, complementarietà e competizione) sono compiuti da TORELLI F., *Servizi all'impiego pubblici e privati verso un complesso sistema di relazioni*, in AA.VV., *Impiego flessibile e mercato del lavoro* (a cura di Perulli A.), Giappichelli, sp. pp. 282 e ss.; *Ead.*, *Le agenzie del lavoro: legislazione statale e regionale*, 2005, dattiloscritto (di prossima pubblicazione su *Lav. dir.*, 2006, n° 1). Sulle tre richiamate forme di *partnership* tra pubblico e privato - cooperazione, complementarietà e competizione - v. ILO, *Public-Private Partnerships in Employment Services*, February 2003, visionabile al sito Internet: <http://www.ilo.org>.

¹¹⁷⁷ §§ II.1.3 e II.1.4

¹¹⁷⁸ Ed è pertanto tale «da rimettere in discussione il "coordinamento" tra attività private e pubbliche, su cui pure, nella scia della legge n. 30 del 2003, lo stesso decreto delegato insiste ripetutamente»: ANGIOLINI V., *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003* (a cura di GHEZZI G.), Ediesse, 2004, pp. 31-32. L'assenza di un coerente disegno di coordinamento tra i due tipi di attività è denunciata da più parti, come pure denunciata è la "penalizzazione" dei soggetti pubblico-locali rispetto ai soggetti privati. Viene evidenziato, per esempio, che agli uffici pubblici non è consentita l'attività di somministrazione e che ad essi manca, pertanto, quella che, in seguito all'esperienza del lavoro temporaneo tramite agenzie, è stata riconosciuta come la strumentazione principale per effettuare attività di sostanziale collocamento dei lavoratori [MISCIONE M., *Le agenzie per il lavoro*, in AA.VV., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276* (coordinato da Carinci F.), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, vol. I, Ipsoa, 2004, pp. 149-150].

2. Tipologie di attività, albo nazionale unico e superamento del principio dell'esclusività dell'oggetto sociale.

La principale novità attorno a cui ruota l'art. 4 del d. lgs. n. 276 del 2003 è, dunque, rappresentata dall'albo unico delle agenzie per il lavoro, che il primo comma della disposizione vuole suddiviso in cinque sezioni. Piuttosto che di cinque tipologie di agenzia (benché anche in questa sede si farà uso di questa, un po' impropria, espressione) è più corretto, pertanto, parlare di cinque tipologie di attività alle quali corrispondono le cinque sezioni dell'albo nazionale: due per le agenzie di somministrazione, una per quelle di intermediazione, una per le agenzie di ricerca e selezione del personale ed una, infine, per quelle di supporto alla ricollocazione professionale (queste ultime due indicate, da qui in poi, "agenzie di consulenza").

Con la norma in commento, il legislatore delegato non crea, dunque, figure nuove di agenzia (semmai, come si vedrà, incide sulla - ora possibile - sovrapposizione delle loro attività) ma si limita a razionalizzare il sistema delle precedenti società, inquadrando figure già tutte note (a partire dal 2000) all'interno della nuova categoria delle "agenzie per il lavoro"; mentre la creazione di un albo unico rappresenta, di per sé, un elemento di razionalizzazione di attività e soggetti già precedentemente previsti¹¹⁷⁹.

Società di fornitura di lavoro temporaneo e società di mediazione erano già state disciplinate, infatti, nel 1997¹¹⁸⁰, mentre nel 2000¹¹⁸¹, il legislatore aveva introdotto la possibilità che ulteriori soggetti potessero venire accreditati allo svolgimento di attività di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale. La novella del 2000 aveva, così, fornito riconoscimento ad una realtà di imprese già operanti nel vigore del vecchio divieto di mediazione privata; imprese che, per non incorrere nel divieto in questione, agivano e si auto-qualificavano già come società di mera consulenza, esercitando attività estranee alla (vera e propria) mediazione preliminare alla conclusione di contratti di lavoro.

La novità più significativa è, dunque, rappresentata dalla creazione dell'albo unico, dal momento che in precedenza, un albo nazionale (anche allora istituito presso l'attuale Ministero del lavoro e delle politiche sociali) era previsto per le sole agenzie di lavoro temporaneo (art. 2, c. 1, l. n. 196 del 1997), mentre per quelle di mediazione e di consulenza era stabilito (dall'art. 10, comma 4, d. lgs. n. 469 del 1997) che, contestualmente al rilascio delle autorizzazioni e degli accreditamenti, si provvedesse all'iscrizione di tali società in appositi "elenchi".

È appena il caso di ricordare che, in altra disposizione collegata (l'art. 6), il legislatore delegato ha previsto che, all'interno dell'albo nazionale, venga istituita un'apposita sezione regionale per la iscrizione delle agenzie di intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale autorizzate a svolgere attività entro ambiti territoriali circoscritti e cioè limitati a singole regioni (ex art. 6, comma 6 e 7). Il D.M. 23.12.2003 ha disposto, al riguardo, che

¹¹⁷⁹ Così anche SPATTINI S., TIRABOSCHI M., *Riforma Biagi: le nuove procedure di autorizzazione per le agenzie per il lavoro*, Guida al lavoro, 2004, n. 11, pp. 12-13.

¹¹⁸⁰ Rispettivamente dagli artt. 2 della l. n. 196 del 1997 e 10 del d. lgs. n. 469 del 1997.

¹¹⁸¹ Novellando, con l'art. 117, c. 3, l. n. 388 del 2000, l'art. 10 del d. lgs. n. 469 del 1997, si era aggiunto al precedente testo di quest'ultima disposizione il comma 1 ter e il comma 1 quater.

le ultime tre sezioni (la III, la IV e la V) dell'albo nazionale dovranno possedere, ognuna, un'apposita sub-sezione regionale (art. 2, D.M. 23.12.2003). Tra le due soluzioni ipotizzate nel periodo precedente l'emanazione del D.M. 23.12.2003 – quella dell'aggiunta di una sesta sezione all'interno dell'albo nazionale (nella quale iscrivere le sole agenzie regionali) e quella della creazione, entro le singole sezioni, di sub-sezioni regionali¹¹⁸² – si è, dunque, optato per il mantenimento di una suddivisione dell'albo nazionale secondo un criterio unicamente funzionale, senza che siano state aggiunte sezioni ulteriori ispirate a criteri territoriali-geografici.

Un'altra novità di rilievo – l'unica che riguardi l'articolazione tipologica delle agenzie – è rappresentata dalla previsione, nella lett. b) del comma 1 della disposizione in commento, delle agenzie di somministrazione cdd. "specialistiche", cioè di quelle agenzie «abiliate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da a) a h)». Il senso della novità è interamente collegato alla riforma del vecchio istituto del lavoro interinale e cioè allo sdoppiamento della (precedente) categoria delle agenzie di lavoro temporaneo nelle due (nuove) categorie delle agenzie di somministrazione cdd. "generaliste" – «abiliate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20»¹¹⁸³ – e delle "specialistiche", abilitate a somministrare esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da a) a h). È di conseguenza previsto che le agenzie di somministrazione "generaliste" e quelle "specialistiche" siano iscritte in due sezioni distinte dell'albo nazionale.

È appena il caso di sottolineare che dalla dizione letterale dell'art. 4, comma 1, lett. b), sembrerebbero discendere, in capo alle agenzie specialistiche, tre ordini di limitazioni: non solo tali agenzie – espressamente indicate, nella disposizione, come "agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato" (cd. *staff leasing*) – parrebbero abilitate a svolgere solo quest'ultimo tipo di somministrazione (e non anche quella a tempo determinato), ma sembrerebbero abilitate a svolgerla *per una sola* delle attività specificamente indicate dalle lettere da a) ad h). La mancanza – nella norma in esame – di riferimento esplicito alla lett. i) dell'art. 20 parrebbe, infine, escludere che tali agenzie possano somministrare *le ulteriori ed eventuali* attività individuate dalla contrattazione collettiva – nazionale o territoriale – come possibile oggetto di somministrazione a tempo indeterminato.

Come è stato osservato, già il primo vincolo suscita, tuttavia, qualche perplessità in termini di ragionevolezza¹¹⁸⁴: in base al razionale principio che "il più comprende il meno" sarebbe stato, infatti, preferibile ritenere che anche le agenzie specialistiche potessero somministrare lavoro a tempo determinato. In questa direzione induceva la stessa norma sulla somministrazione a tempo indeterminato (art. 20, comma 3), dal momento che, tra le attività elencate dall'art. 20, ve ne sono alcune destinate ad esaurirsi entro archi temporali necessariamente definiti (ciò vale, per esempio, per le costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, le installazioni o gli smontaggi di

¹¹⁸² Cfr. MAIANI B., *Le agenzie per il lavoro. I requisiti soggettivi, i regimi autorizzatori e gli accreditamenti*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d. lgs. n. 276 (Artt. 1-32)* (a cura di Galantino L.), Giappichelli, pp. 76-77.

¹¹⁸³ C.vo nostro.

¹¹⁸⁴ Come nota LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 101, una volta ipotizzato «che si intenda far riferimento ad agenzie "specializzate" di somministrazione di lavoro, perché precludere ad esse – come appunto sembrerebbe – la possibilità di effettuare somministrazione di lavoro a tempo determinato in quel medesimo ambito?»

impianti e macchinari). Il Ministero del lavoro ha, tuttavia, smentito – con propria circolare – tale ragionevole interpretazione, stabilendo che «abilitate alla stipulazione di contratti di somministrazione a tempo determinato sono unicamente le agenzie di tipo cd. generalista, e cioè le agenzie iscritte nella prima sezione dell'albo delle agenzie del lavoro»¹¹⁸⁵.

Per quanto riguarda il secondo limite (le agenzie di somministrazione specialistiche parrebbero abilitate a svolgere esclusivamente *una* delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da a) a h), era già opinione diffusa che le agenzie di tipo specialistico potessero, invece, richiedere (e, dunque, ottenere) più autorizzazioni, proprio al fine di somministrare *più di uno* dei servizi previsti nelle lett. a-h dell'art. 20. L'idea - coerente al principio della eliminazione dell'oggetto sociale esclusivo e al conseguente canone, ispiratore della riforma, della polifunzionalità delle agenzie – è ora espressamente confermata dal D.M. 23.12.2003 (art. 4, comma 5) secondo cui «le agenzie di somministrazione di lavoro tipo specialista che intendano svolgere più attività devono richiedere una autorizzazione distinta corrispondente a ogni singola lettera di cui all'art. 20». È vero pure, tuttavia, che le agenzie specialistiche dovrebbero tendere a specializzarsi in determinati settori, magari associando all'attività di somministrazione l'appalto dei medesimi servizi offerti in somministrazione¹¹⁸⁶.

Al terzo limite sembra, invece, che le agenzie specialistiche non possano in alcun modo sfuggire; benché sia poco chiara la ragione di una espressa esclusione della lett. i) dell'art. 20 dal richiamo che a tale articolo fa la norma in commento, sta di fatto che nell'art. 4 si legge a chiare lettere che le agenzie di tipo specialistico non possono somministrare le attività individuate dalla contrattazione collettiva nazionale o territoriale (ai sensi dell'art. 20, comma lett. i)¹¹⁸⁷.

È appena il caso di rilevare, tuttavia, che le tre questioni prospettate – discusse soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo - tendono, oggi, a perdere rilievo pratico: nessuna agenzia specialistica ha, sin'ora, richiesto l'iscrizione nell'albo nazionale per cui, di fatto, tali soggetti sono assenti dal mercato della somministrazione, interamente dominato, tutt'oggi, dalle agenzie generaliste¹¹⁸⁸.

Un'ultima novità di rilievo riguarda, infine, i tipi di attività esercitabili dalle agenzie, i possibili cumuli e le previste iscrizioni automatiche in alcune delle cinque sezioni dell'albo (e precisamente, nella III, nella IV e nella V: art. 4, comma 6).

Con il d. lgs. n. 276 del 2003 – in conformità con uno dei principali criteri direttivi della delega (art. 1, comma 2, lett. i, l. n. 30 del 2003) e alle ancora precedenti indicazioni del Libro Bianco¹¹⁸⁹ - viene, infatti, definitivamente superato il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo che riguardava, in precedenza, tanto le vecchie agenzie di lavoro temporaneo (art. 2, c. 2, lett. a, l. n. 196 del

¹¹⁸⁵ Circ. Ministero del lavoro 22 febbraio 2005, n. 7.

¹¹⁸⁶ SPATTINI S., TIRABOSCHI M., *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁸⁷ Così anche LASSANDARI A., *op.cit.*, p. 102.

¹¹⁸⁸ V. *infra*, note 26-27.

¹¹⁸⁹ Che preannunciava l'opportunità di «superare il vincolo dell'oggetto esclusivo e consentire l'attività di operatori privati polifunzionali (...) opportunamente vigilati e regolati», nonché quella di «pervenire ad un unico regime autorizzatorio per tutte le organizzazioni private impegnate nel servizio di collocamento nel mercato del lavoro».

1997), quanto le società di mediazione, di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale (soggetti di cui all'art. 10, comma 2, del d. lgs. n. 469 del 1997, come novellato nel 2000) per le quali il divieto era posto dall'art. 10, c. 3, del d. lgs. n. 469 del 1997.

Com'è già stato scritto, una delle conseguenze pratiche più rilevanti della riforma è che, grazie alla eliminazione del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo, «le Agenzie di somministrazione potranno svolgere alla luce del sole l'attività più redditizia che deriva dalla mediazione, per cui potranno pretendere un compenso»¹¹⁹⁰.

L'art. 4 del d. lgs. n. 276 del 2003 si spinge oltre il superamento del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo e costruisce un sistema di *automatici cumuli di autorizzazioni*. Il sesto comma della disposizione prevede, infatti, che la iscrizione alla sezione dell'albo relativa alle agenzie di somministrazione generaliste comporti automaticamente l'iscrizione dell'agenzia alle tre sezioni rispettivamente relative alla intermediazione, alla ricerca e selezione del personale e al supporto alla ricollocazione professionale e che l'iscrizione nella sezione relativa alle agenzie di intermediazione comporti automaticamente l'iscrizione nelle due sezioni riguardanti le attività di consulenza. In sostanza, una volta ottenuta l'autorizzazione (a) allo svolgimento della somministrazione di tutte le attività di cui all'art. 20 o (b) allo svolgimento della intermediazione, le agenzie che ne sono destinatarie, funzionano come vere e proprie matriosche: esse vengono automaticamente autorizzate a svolgere anche ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale, nonché, per quanto riguarda le agenzie di somministrazione, intermediazione.

In sede di primi commenti, era parso, così, possibile ipotizzare che, sulle agenzie di sola consulenza, sarebbe pesantemente gravata «l'ombra minacciosa della concorrenza da parte delle agenzie di somministrazione di lavoro» e che, «probabilmente solo una forte professionalità od una determinata specializzazione settoriale (o, meglio ancora, entrambi i profili)» avrebbe potuto garantire a tali agenzie la conservazione della pregressa posizione di mercato¹¹⁹¹. Tale previsione è stata, tuttavia, smentita dai dati riguardanti le prime nuove richieste di autorizzazione¹¹⁹², secondo i quali la maggior parte delle medesime (227 su un totale di quasi 300) aveva a oggetto proprio le attività di ricerca e selezione del personale. Anche nel momento in cui si scrive, le sezioni più «affollate» dell'albo nazionale sono proprio la IV e la I, rispettivamente riguardanti le agenzie di ricerca e selezione del personale e le agenzie di somministrazione di tipo generalista¹¹⁹³. Ricerca e selezione del personale e somministrazione sono apparse, dunque, alle nuove

¹¹⁹⁰ MISCIONE M., *op. cit.*, p. 151.

¹¹⁹¹ LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 116.

¹¹⁹² Secondo tali dati, diffusi dal Ministero del lavoro nell'estate 2004 e consultabili presso il sito Internet: <http://www.labitalia.com>, al 30 agosto 2004 la maggior parte delle richieste di autorizzazione (227 su un totale di quasi 300) riguardava proprio l'attività di ricerca e selezione del personale; 63 erano, invece, le richieste di autorizzazione alla somministrazione, 10 quelle riguardanti l'attività di supporto alla ricollocazione professionale e soltanto 2 quelle relative all'attività di intermediazione. Dati relativi a periodi successivi sono riferiti da MISCIONE M., *Le agenzie per il lavoro nel "correttivo" 2004*, in AA.VV., *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro. D. lgs. n. 276/2003 come modificato dal d. lgs. n. 251/2004* (coordinato da Carinci F.), Ipsoa, 2005, p. 10 e da TORELLI F., *Le agenzie del lavoro*, cit., pp. 11 e ss.

¹¹⁹³ Significativamente, come si è già anticipato nel testo, nessuna agenzia specialistica risulta iscritta nell'albo (su quest'assenza, TORELLI F., *Le agenzie del lavoro*, cit., p. 11), mentre nella sezione III (intermediazione) sono iscritti soltanto tre soggetti, uno dei quali è la Fondazione dei Consulenti del lavoro (iscritta ai sensi dell'art. 6, comma 4, d. lgs. n. 276 del 2003). L'albo delle agenzie è consultabile on-line alla pagina Internet:

(e vecchie) società come le due attività più “appetibili” in relazione al livello di profitti atteso dalla domanda di servizi proveniente dalle imprese. Tralasciando la somministrazione (che ha sicuramente attirato tanto nuovi quanto vecchi soggetti), è probabile che la preferenza, di fatto, emersa nei confronti delle attività di consulenza sia anche dipesa dall’entità del capitale sociale minimo richiesto per l’avvio di tali attività, soprattutto se si considera che la somma necessaria ad un’agenzia di intermediazione è di 50.000 euro: esattamente il doppio rispetto ai 25.000 euro sufficienti per la creazione di una società di consulenza¹¹⁹⁴.

3. Procedure di autorizzazione ed iscrizione all’albo informatico delle agenzie per il lavoro: norme legali e regolamentari (D.M. 23.12. 2003).

Nel comma secondo, terzo, quarto e quinto dell’art. 4 è più specificamente regolato il regime delle autorizzazioni necessarie allo svolgimento delle attività delle agenzie.

È appena il caso di ricordare che il concreto avvio dell’albo nazionale, e delle diverse attività secondo le nuove modalità descritte, veniva subordinato dal legislatore delegato all’adozione, da parte del Ministero del lavoro, di due regolamenti di esecuzione: uno, previsto dal comma 5 dell’art. 4, per il quale il regime autorizzatorio avrebbe dovuto essere integrato in ordine alla determinazione delle (1) modalità di presentazione della richiesta di autorizzazione; dei (2) criteri e delle modalità di revoca delle medesime e (3) di ogni altro profilo relativo alla organizzazione e alle modalità di funzionamento dell’albo delle agenzie; l’altro, previsto dall’art. 5 (comma 1, lett. c), che rinviava ad un decreto ministeriale la precisazione del requisito legale relativo al possesso, da parte delle agenzie, di idonei locali e competenze professionali adeguate.

Sulla base di tali rinvii, il Ministero ha adottato due successivi decreti: il D.M. 23.12.2003 (che in attuazione dell’ulteriore rinvio contenuto nell’art. 86, c. 6, ha anche dettato la disciplina transitoria e di raccordo tra vecchio e nuovo sistema) ed il D.M. 5.5.2004 (che sarà preso in considerazione nella Parte II).

La più tarda adozione di quest’ultimo provvedimento - alla cui entrata in vigore veniva subordinata anche quella del primo decreto (art. 15, D.M. 23.12.2003) – ha, di fatto, ritardato il concreto avvio delle agenzie, che hanno potuto cominciare a richiedere le prime autorizzazioni soltanto a partire dal 2 luglio 2004¹¹⁹⁵.

La filiazione di norme che ha preso origine dai rinvii presenti negli artt. 4, 5 e 86 del d. lgs. n. 276 del 2003 ha fatto sì che al regime autorizzatorio e ai requisiti delle agenzie siano ormai dedicati ben 21 articoli (due di natura legale e 19 di natura regolamentare), ai quali vanno aggiunte le disposizioni contenute in due circolari ministeriali diffuse, a breve distanza l’una dall’altra, nei mesi successivi all’adozione dell’ultimo decreto ministeriale¹¹⁹⁶. Ne è derivata, spesso, una inutile duplicazione di disposizioni che rende non del tutto agevole il dipanamento della matassa

<http://www.welfare.gov.it/Lavoro/OccupazioneEMercatoDelLavoro/AlboInformatico/default?Section=5&currPage=2>.

¹¹⁹⁴ V. *infra*, nella parte II, il § 3.

¹¹⁹⁵ Data di pubblicazione del D.M. 5.5.2004 nella G.U. e di contestuale entrata in vigore del D.M. 23.12.2003.

¹¹⁹⁶ Le circolari sono in realtà tre (circ. min. 24.6.2004, n. 25; circ. min. 2.7.2004, n. 27; circ. min. 21.7.2004, n. 30) ma la seconda è pressoché priva di contenuti poiché contiene una mera rettifica al paragrafo 5 della circolare di giugno.

normativa sul regime autorizzatorio. Non è infrequente che le norme dei decreti ministeriali e delle circolari si limitino a ribadire norme presenti nel decreto legislativo; così, per esempio – nel riprendere, pressoché alla lettera, l'art. 4 del d. lgs. 276 -, l'art. 2 del D.M. 23.12.2004 si limita a chiarire che l'albo delle agenzie è suddiviso in cinque sezioni, introducendo, come unica novità, la previsione secondo cui l'istituzione di un' "apposita sezione regionale dell'albo" (a cui fa riferimento l'art. 6, comma 7, d. lgs. n. 276 del 2003) deve risolversi nella istituzione di tre sub-sezioni all'interno di quelle dell'albo nazionale riguardanti le agenzie di intermediazione, quelle di ricerca e selezione del personale e quelle di supporto alla ricollocazione professionale ¹¹⁹⁷.

Una novità significativa – visibile già nella denominazione utilizzata per l'albo nazionale nel decreto ministeriale ("albo informatico delle agenzie per il lavoro")¹¹⁹⁸ è invece rappresentata dalle previsioni relative alla gestione amministrativa dell'albo (art. 3, D.M. 23.12.2003). Si è stabilito che esso sia tenuto, in formato elettronico¹¹⁹⁹, dalla Direzione generale per l'impiego, l'orientamento e la formazione e che quest'ultima conservi in singoli fascicoli la documentazione relativa alla procedura autorizzatoria di ciascuna agenzia, anche al fine di consentire che qualunque persona interessata possa prenderne visione¹²⁰⁰.

Venendo, comunque, alla descrizione del nuovo regime autorizzatorio, va evidenziato che una delle novità più importanti è rappresentata dal principio della identificazione di un *unico* regime autorizzatorio per tutte le agenzie. Il principio era tra quelli contenuti nell'art. 1 della legge n. 30 del 2003 (comma 2, lett. I) ed è subito anticipato, nel corpo del decreto delegato, dalla norma di apertura del titolo II (l'art. 3) che nella realizzazione del principio indicato individua uno degli strumenti utili al conseguimento degli scopi generali della nuova organizzazione e disciplina del mercato del lavoro¹²⁰¹.

¹¹⁹⁷ La mole di disposizioni contenuta nel d. lgs. n. 276 del 2003 e nello stuolo di decreti e circolari ministeriali che ne è derivata è stata da più parti denunciata; cfr., in particolare, MARIUCCI L., *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, LD, 2004, sp.p. 8 e CARUSO B., *Diritto invasivo e responsabilità a senso unico la ri-regolazione del part-time nel d. lgs. n. 276/2003*, in <http://www.unicz.it/lavoro>.

¹¹⁹⁸ Il D.M. 23.12.2003 utilizza l'espressione di "albo informatico delle agenzie per il lavoro", anziché quella di "albo delle agenzie per il lavoro", che veniva più semplicemente utilizzata nel testo del d. lgs. n. 276 del 2003. Come sottolinea RAUSEI P., *Agenzie per il lavoro: requisiti, procedure e sanzioni*, in *Dir prat. Lav.*, 2004, Inserto al n° 33, p. V, «l'aggiunta dell'aggettivo informatico non individua un profilo di poco momento nell'economia del nuovo istituto normativo, giacché giunge a qualificare la portata strutturale dell'Albo stesso, il quale non è, come per il passato, un semplice "registro" documentale, ma piuttosto una sorta di banca dati con accesso condizionato articolata in più sezioni».

¹¹⁹⁹ Come si è precisato, l'albo è infatti visionabile alla pagina Internet:

<http://www.welfare.gov.it/Lavoro/OccupazioneEMercatoDellavoro/AlboInformatico/default?Section=5&currPage=2>. In linea con la previsione secondo cui l'albo dev'essere gestito *on-line*, è previsto che anche l'intera documentazione relativa alla richiesta di autorizzazione debba essere presentata su *floppy disk*. Sul punto cfr. ancora RAUSEI P., *op. cit.*, p. XII.

¹²⁰⁰ Ciò potrà avvenire tramite rappresentante legale e previa richiesta per iscritto al direttore generale della Direzione.

¹²⁰¹ Trasparenza ed efficienza del mercato del lavoro, miglioramento della «capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di prima occupazione, con particolare riferimento alle fasce deboli del mercato del lavoro». Secondo letture volte a valorizzare – piuttosto che a svalutare – il contenuto dell'art. 3 (v., in particolare, GRAGNOLI E., *Sub art. 3*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, cit., p. 90), il principio della identificazione di un unico regime autorizzatorio, assieme agli altri indicati nelle cinque lettere del comma 2 dell'art. 3, costituirebbe uno dei "principi fondamentali" posti dal legislatore nazionale attraverso il d. lgs. n. 276 del 2003. La maggior parte dei commentatori fornisce, tuttavia, letture diverse, volte, per lo più, a svalutare l'art. 3 del d. lgs. n. 276 del 2003 che risulterebbe sfornito di un vero e proprio contenuto precettivo; così FILI V., *L'accesso al mercato del lavoro nella società dell'informazione*, in AA.VV., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276 (coordinato da Carinci F.), cit., p. 100; LISO F., *Articolo 3. Finalità*, cit., pp. 44-45;

È appena il caso di ricordare che, nel vigore della vecchia disciplina, il regime autorizzatorio e quello di accreditamento si distinguevano *ratione materiae*, ossia in ragione dell'oggetto dell'attività da autorizzare o accreditare. Al primo regime erano, così, soggette le attività di fornitura di lavoro temporaneo e quelle di mediazione, al secondo le sole attività di consulenza¹²⁰² (art. 10, commi 1 e 4 d. lgs. 469/97). Entrambi i provvedimenti erano, inoltre, di competenza ministeriale.

Oggi quasi tutto è cambiato¹²⁰³. Autorizzazione e accreditamento si distinguono principalmente in ragione delle loro diverse funzioni¹²⁰⁴ e del soggetto competente al rilascio del provvedimento. Mentre l'autorizzazione rimane, per lo più, di competenza del Ministero del lavoro, l'accREDITAMENTO rientra, per intero, nella competenza delle regioni. Per lo più, si è detto, poiché, in base all'art. 6, c. 6, l'autorizzazione può anche essere concessa dalle regioni e dalle province autonome, con esclusivo riferimento, però, al relativo territorio e alle attività di intermediazione e consulenza (e non, dunque, a quelle di somministrazione)¹²⁰⁵.

L'autorizzazione viene ora definita dall'art. 2, lett. e), del d. lgs. n. 276/2003 come il "provvedimento mediante il quale lo Stato abilita operatori, pubblici e privati" – questi ultimi denominati, nel seguito del decreto, "Agenzie per il lavoro" – allo svolgimento delle attività di somministrazione (a tempo indeterminato o a termine), intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale. Il duplice riferimento ad operatori privati (agenzie per il lavoro) e pubblici è legato alla possibilità – anch'essa duplice – che l'attività di intermediazione venga svolta oltre che dalle agenzie, dalla serie di soggetti privati e, per l'appunto, pubblici, indicati nel successivo art. 6.

Per quanto riguarda la procedura, è previsto, come nel precedente sistema di autorizzazione alle agenzie di lavoro temporaneo (ma non a quelle di mediazione), il rilascio di un'autorizzazione provvisoria per i primi due anni e, solo successivamente, di un'autorizzazione a tempo indeterminato (art. 4, comma 2)¹²⁰⁶. Per la parte iniziale il procedimento è, pertanto, identico a quello

LAMBERTUCCI P., *Sub art. 3*, dattiloscritto di prossima pubblicazione in AA.VV., *Commentario al d. lgs. n. 276 del 2003*, a cura di De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G., *Nuove leggi civ. comm.*, 2005.

¹²⁰² Come si è già ricordato, è solo a partire dal 2000 (art. 117, l. 388 del 2000) che viene esplicitamente disciplinata l'attività delle agenzie di consulenza e, dunque, prevista la previa e necessaria legittimazione ad operare mediante accreditamento del Ministero del lavoro.

¹²⁰³ Per un raffronto tra nuovi e vecchi provvedimenti di autorizzazione e accreditamento v. FILI V., *L'accREDITAMENTO regionale dei servizi per l'impiego*, in AA.VV., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276* (coordinato da Carinci F.), cit., pp. 192-103.

¹²⁰⁴ Mentre l'autorizzazione rimuove, in generale, limiti a situazioni di vantaggio di cui i soggetti privati sono titolari [cfr. ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo* (a cura di Mazzaroli L., Pericu G., Romano A., Roversi Monaco F.A., Scoca F.G.), Monduzzi, 1998, vol. I, pp. 297 e ss.] ed è, pertanto, nel caso di specie, funzionale all'assoggettamento a controllo pubblico delle diverse attività esercitabili dalle agenzie, l'accREDITAMENTO – che, secondo la definizione datane dall'art. 2, comma 1, lett. f), provvede a riconoscere ad un operatore, pubblico o privato, "l'idoneità a erogare i servizi al lavoro negli ambiti regionali di riferimento, anche mediante l'utilizzo di risorse pubbliche, nonché la partecipazione attiva alla rete dei servizi per il mercato del lavoro con particolare riferimento ai servizi di incontro fra domanda e offerta" – è funzionale alla costruzione, da parte delle regioni, di servizi per l'impiego pubblici a gestione mista (pubblico-privato); la costruzione di tale modello relazionale è, nella complessiva *ratio* del titolo II del d. lgs. n. 276 del 2003, interamente rimessa ai legislatori regionali (cfr. LISO F., *op. cit.*, p. 59).

¹²⁰⁵ Cfr. il commento di LAMBERTUCCI P. all'art. 6, dattiloscritto di prossima pubblicazione in AA.VV., *Commentario al d. lgs. n. 276 del 2003*, a cura di De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G., *Nuove leggi civ. comm.*, 2005.

¹²⁰⁶ Né il d. lgs. n. 276 del 2003, né il successivo D.M. 23.12.03 hanno risolto un problema interpretativo già postosi in relazione alle autorizzazioni provvisorie rilasciate alle vecchie agenzie di lavoro temporaneo e cioè quello della sorte di tali autorizzazioni nel caso

previsto in precedenza per avviare attività di fornitura di lavoro temporaneo¹²⁰⁷.

Sono, tuttavia, presenti due novità.

La prima, e più significativa, è quella contenuta nel comma 3 ed è rappresentata dalla introduzione, nella procedura, della figura del silenzio-assenso¹²⁰⁸.

La novità ha già prestato il fianco a numerose, quanto condivisibili, critiche. Com'è stato osservato, esiste il rischio che la relativa brevità dei termini riguardanti il procedimento autorizzatorio, unita alla tassatività dei medesimi a vantaggio dell'iniziativa privata, finisca per frustrare l'utilità dell'azione pubblicistica di vigilanza sulle agenzie e abiliti, di fatto, attività private incontrollate¹²⁰⁹. Il rischio, insomma, è che anche soggetti completamente inaffidabili, in virtù del mero presupposto del decorso del tempo, si ritrovino legittimati ad operare come agenzie per il lavoro¹²¹⁰. È vero che il controllo pubblico può essere, per così dire, recuperato attraverso i provvedimenti di sospensione o revoca dell'autorizzazione – che vengono ora espressamente disciplinati dall'art. 7 del D.M. 23.12.2003¹²¹¹; ciò, tuttavia, non elimina i dubbi sulla opportunità di un meccanismo che consente, comunque, che l'abilitazione a svolgere le previste attività venga acquisita per effetto del solo decorso del tempo. Pur senza giungere a prospettare l'incostituzionalità del comma 3¹²¹², le critiche al regime del silenzio-assenso possono, così, essere per lo più condivise ed è certo che il decreto correttivo del d. lgs. n. 276 del 2003 (d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251) avrebbe potuto dare seguito a tali critiche, provvedendo a modificare, per questo aspetto, il regime autorizzatorio.

Resta da aggiungere che - per un possibile difetto di coordinamento - il meccanismo del silenzio-

in cui le agenzie non si attivino per il rilascio delle autorizzazioni a tempo indeterminato. Esiste, in sostanza, un termine di scadenza per l'autorizzazione provvisoria?

¹²⁰⁷ Il comma 2° dell'art. 4 stabilisce, in particolare che «il Ministero del lavoro e delle politiche sociali rilascia entro sessanta giorni dalla richiesta e previo accertamento della sussistenza dei requisiti giuridici e finanziari di cui all'articolo 5, l'autorizzazione provvisoria all'esercizio delle attività per le quali viene fatta richiesta di autorizzazione, provvedendo contestualmente alla iscrizione delle agenzie nel predetto albo. Decorsi due anni, su richiesta del soggetto autorizzato, entro i novanta giorni successivi rilascia l'autorizzazione a tempo indeterminato subordinatamente alla verifica del corretto andamento della attività svolta».

¹²⁰⁸ Come osserva TULLINI P., *Articolo 4. Agenzie per il lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, D.lgs 10 settembre 2003, n. 276* (coordinato da Pedrazzoli M.), Zanichelli, 2004, p. 90, «sul punto si registra una vera innovazione rispetto alla previgente disciplina autorizzatoria che, nell'analoga ipotesi, prevedeva, invece, il silenzio-rifiuto da parte dell'autorità amministrativa». In tal senso si era, infatti, espressa una circolare del Ministero del lavoro (circ. 65/1998) riguardante il rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di mediazione.

¹²⁰⁹ ANGIOLINI V., *op. cit.*, p. 31.

¹²¹⁰ LASSANDARI A. *op. cit.*, p. 109; MAIANI B., *op. cit.*, p. 81.

¹²¹¹ A norma del quale la Direzione generale per l'impiego sospende l'autorizzazione, provvisoria o definitiva, in caso di inottemperanza, da parte dell'agenzia, degli adempimenti previsti dal decreto legislativo, dalle norme ordinarie sul collocamento e dalla regolamentazione attuativa emanata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Essa, inoltre, revoca l'autorizzazione qualora, esercitando la vigilanza, riscontri irregolarità che attengano alla contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'art. 12 del decreto legislativo e, per le agenzie di somministrazione, il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale applicabile e laddove l'agenzia, invitata a sanarle o a fornire chiarimenti in merito – non provveda in tal senso, nel termine massimo di sessanta giorni o nel diverso termine assegnatole dalla Direzione. Sui numerosi problemi riguardanti la sospensione e la revoca delle autorizzazioni v. *infra*, nella parte II, il § 3.2. In particolare, sulla questione della tassatività (o meno) della ipotesi previste dall'art. 7 del D.M. 23.12.2003 per la sospensione e la revoca, v., più ampiamente, BONARDI O., *Brevi osservazioni sul D.M. 23 dicembre 2003. Modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione per l'iscrizione all'albo delle agenzie per il lavoro, Note informative*, 2004, n. 29, pp. 25-26.

¹²¹² Come fa invece, LASSANDARI A., *op. loc. ult. cit.*, il quale ritiene la norma lesiva del testo costituzionale, in relazione all'art. 35, comma primo, e all'art. 3, quanto al profilo della ragionevolezza.

assenso non è riprodotto dalla norma (l'art. 6, c. 6) che regola le autorizzazioni che le regioni e le province autonome possono concedere alle agenzie di intermediazione e di consulenza che intendano svolgere attività all'interno dei loro territori (e su un massimo di tre regioni) e che esso opera, pertanto, per le sole autorizzazioni nazionali.

La seconda novità riguarda il procedimento di autorizzazione delle società di mediazione e di mera consulenza. Rispetto al precedente sistema (che era – lo si ricorda – di autorizzazione, per le prime, e di accreditamento, per le seconde) scompare, infatti, la necessità che il Ministero acquisisca il “motivato parere” delle regioni territorialmente competenti¹²¹³. La ragione di tale scomparsa va probabilmente attribuita all'inedita funzione autorizzatoria che le regioni possiedono, ormai, nei confronti delle agenzie che intendano operare all'interno dei loro territori (art. 6, comma 6)¹²¹⁴ ed è, dunque, in qualche modo compensata dall'appartenenza di tale nuova funzione a questi enti¹²¹⁵.

Restano, aperte, infine alcune questioni già presenti nel vigore della vecchia disciplina.

Una di queste riguardava – e riguarda tutt'oggi – il tipo di discrezionalità con cui la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio dell'attività di rilascio delle autorizzazioni. Si tratta, infatti, di discrezionalità amministrativa o di discrezionalità tecnica? Il lungo elenco di requisiti richiesti per il rilascio delle autorizzazioni¹²¹⁶ – al quale si aggiunge, ormai, la specificazione di quelli sui locali idonei e sulle adeguate competenze professionali da parte del D.M. 5.5.2004 – lascia nettamente propendere per l'ipotesi della discrezionalità tecnica, dal momento che il riscontro di tali requisiti è, ormai, al limite del mero accertamento tecnico e non consente alcuna valutazione di opportunità alle amministrazioni competenti¹²¹⁷.

Un'altra questione è, infine, quella del rapporto tra l'autorizzazione e la successiva iscrizione all'albo delle agenzie. Come in passato, si tratta di capire se il procedimento amministrativo di autorizzazione si conclude con il rilascio del relativo provvedimento, oppure con l'iscrizione all'albo; occorre, insomma, stabilire se quest'ultima rappresenti solo un adempimento

¹²¹³ Tale “motivato parere” era richiesto dal comma 5 dell'art. 10 del d. lgs. n. 469 del 1997. Anche nel precedente sistema era, tuttavia, possibile che, in caso di mancata comunicazione dei pareri regionali al Ministero, quest'ultimo rilasciasse, comunque, l'autorizzazione o l'accREDITAMENTO.

¹²¹⁴ Forti e condivisibili dubbi sulla ragionevolezza della duplicazione di poteri autorizzatori – in capo allo Stato e alle regioni – sono espressi da TULLINI P., *Mercato del lavoro, modello organizzativo e livelli di regolazione: ancora dubbi di legittimità costituzionale?*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione? La legge Biagi nel confronto comparato*, Atti del II convegno annuale in ricordo di Marco Biagi, Roma, 18 e 19 marzo 2004 (a cura di Serra C.), Giuffrè, 2005, sp. p. 65. Come osserva l'A., in un contesto di mobilità geografica della forza lavoro e di organizzazione complessa e reticolare di imprese, è difficile capire cosa significhi, in pratica, per le Regioni (e per le Province autonome) autorizzare delle attività “con esclusivo riferimento al proprio territorio” e, dunque, comprendere come il potere autorizzatorio regionale possa essere esercitato solo nei confronti di soggetti che confinino le loro attività entro singoli ambiti regionali.

¹²¹⁵ Così anche LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 105. Come ricorda TIRABOSCHI M., *Riforma del mercato del lavoro: e modello organizzativo*, cit., p. 52, il meccanismo dell'autorizzazione regionale è frutto della mediazione emersa in Conferenza Unificata Stato Regioni il 3 luglio 2003.

¹²¹⁶ V. *infra*, la Parte II.

¹²¹⁷ *Contra*, ma prima del D.M. 5.5.2004, LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 109.

«necessitato e privo di qualsiasi autonomia»¹²¹⁸ - e operi, dunque, alla stregua di una mera pubblicità-notizia¹²¹⁹ - o se, al contrario, funzioni come forma di pubblicità costitutiva e sia, pertanto, decisiva per il legittimo svolgimento delle attività autorizzate.

È bene evidenziare, al riguardo, che, mentre nel vigore della vecchia disciplina, il Ministero si era espresso, con propria circolare¹²²⁰, a favore della soluzione della mera pubblicità-notizia, negando valore costitutivo alla iscrizione nell'albo, un'analoga presa di posizione è mancata in relazione al nuovo assetto normativo, rispetto al quale il Ministero (con propria circolare) si è limitato ad individuare il termine iniziale del procedimento amministrativo di autorizzazione¹²²¹, non precisandone, però, il termine finale.

In tale permanente situazione di incertezza, è forse preferibile la soluzione secondo cui l'iscrizione produce effetti costitutivi, dal momento che, così ragionando, si riesce a far funzionare la (necessaria) iscrizione all'albo come temperamento alla regola del silenzio-assenso; se si ritiene, infatti, che l'iscrizione abbia valore costitutivo, si finisce, sostanzialmente, per non considerare legittimo l'esercizio delle diverse attività previste da parte di quei soggetti che (per effetto del mero decorso del tempo) si trovino in possesso della sola autorizzazione, senza, però, avere conseguito la successiva iscrizione nell'albo¹²²².

La disciplina del regime autorizzatorio contenuta nell'art. 4 si chiude con una disposizione che qualcuno ha definito in termini di "clausola di salvaguardia"¹²²³, in base alla quale "l'autorizzazione di cui al presente articolo non può essere oggetto di transazione commerciale".

Si tratta, in realtà, di disposizione criptica, anche per via dell'uso di un termine – quello di transazione – che, nel lessico tecnico giuridico (ed, in particolare, nell'art. 1965, comma 1, c.c.¹²²⁴) - ha un significato del tutto diverso da quello del lessico tecnico-economico nel quale – per influsso dell'inglese *transaction* - il termine indica, invece (come nella norma in commento), operazioni commerciali di scambio tra due o più soggetti¹²²⁵.

La verità è che il legislatore delegato ha utilizzato l'accezione tecnico-economica del termine, aggruppando a tale uso il poco chiaro riferimento del divieto di transazione al provvedimento autorizzatorio (che, in quanto provvedimento amministrativo, non può essere, per definizione oggetto di scambio) e non, invece, all'attività che ne forma oggetto.

¹²¹⁸ Così, nel vigore della vecchia disciplina, CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger P., Giuffrè, 2000, p. 243.

¹²¹⁹ Per una ricostruzione del dibattito precedente v. CARINCI M.T., *op. loc. cit.* e, dopo la riforma, MISCIONE M., *op. cit.*, p. 132.

¹²²⁰ Circ. n. 141/1997, in *DPL*, 1997, p. 2337.

¹²²¹ La circ. min. 21.7.2004, n. 30, al paragrafo 6, ha infatti precisato che il termine iniziale del procedimento decorre dal momento in cui la domanda, presentata all'Amministrazione, perviene all'ufficio competente completa di tutta la documentazione richiesta dalla normativa in materia.

¹²²² Così anche LASSANDARI A., *op. cit.*, pp. 110-111.

¹²²³ È la definizione datane da MISCIONE M., *Le agenzie per il lavoro*, in AA.VV., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 154.

¹²²⁴ Secondo cui la transazione è un contratto "col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro".

¹²²⁵ Così in *Vocabolario della lingua italiana*, Istituto della Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1994, vol. IV.

Il risultato è quello di una disposizione pressoché incomprensibile, se non letta, da un lato, sotto i riflettori dei precedenti interrogativi posti in merito alle vecchie agenzie di fornitura di lavoro temporaneo e, dall'altro, con l'ausilio di alcune utili specificazioni del divieto, contenute nel D.M. 23.12.2003 (art. 10).

Se indubitabile è (ed era, nel precedente regime) il divieto di cedere, infatti, l'autorizzazione ottenuta attraverso il procedimento amministrativo descritto, dubbi si erano posti, nel vigore della vecchia disciplina, circa la possibilità di cedere, e cioè di *esternalizzare*, a favore di altri soggetti, singole fasi delle attività autorizzate, tramite contratti, di natura commerciale, quali il *franchising* di servizi, l'appalto di servizi, il contratto di agenzia¹²²⁶.

Rispetto a queste ultime ipotesi – le uniche in relazione alle quali il divieto dell'ultimo comma dell'art. 4 sia in grado di rivestire un qualche significato – il D.M. 23.12.2003 ha stabilito che è “vietato il ricorso a contratti di natura commerciale con cui viene ceduta a terzi parte della attività oggetto di autorizzazione” (art. 10, comma 2). In linea con un parere espresso dal Consiglio di Stato, nel vigore della precedente disciplina sulle agenzie di lavoro interinale¹²²⁷, il decreto ministeriale ha specificato, sostanzialmente, che è vietata l'esternalizzazione (cioè l'attribuzione a terzi) dello svolgimento di qualsiasi parte dell'attività autorizzata, e quindi, per esempio, delle attività di ricerca e selezione dei candidati, della gestione di banche dati, della stipulazione e del procacciamento di contratti. Tutte le attività oggetto di autorizzazione devono essere, insomma, svolte *direttamente* dai soggetti autorizzati, attraverso le loro strutture e il loro personale dipendente.

È ovvio, poi, che, ai sensi dell'articolo 7 del D.M. 23.12.2003, la violazione del divieto è sanzionabile, dalla Direzione generale per l'impiego, con la sospensione o la revoca della autorizzazione.

Va, infine, ricordato che lo stesso art. 10 del D.M. 23.12.2003 chiarisce che il trasferimento d'azienda o la fusione di cui sia parte un'agenzia autorizzata comportano il venir meno dell'autorizzazione e la necessità, per la nuova società, di ottenere una nuova autorizzazione.

3.1. La normativa sulle autorizzazioni e i presunti vizi di legittimità costituzionale: Corte cost. n. 50 del 2005.

Com'era immaginabile, il nuovo regime di autorizzazione – caratterizzato da una normativa ed un meccanismo accentrati (l'una di derivazione, l'altro di gestione statale) - ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale relativi all'assetto di competenze legislative Stato-Regioni (art. 117 Cost.). Tanto il principio della “identificazione di un unico regime di autorizzazione” [contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. l) della legge delega], quanto le norme presenti nell'art. 4 appartengono, infatti, al fascio di disposizioni della riforma impugnate dalle regioni, con l'ampia serie di

¹²²⁶ Cfr. CARINCI M.T., *op. cit.*, pp. 226-228. Si faccia l'ipotesi di *franchising* di servizi per il *marketing*, da parte, per esempio, di un'agenzia di somministrazione a tempo indeterminato autorizzata allo svolgimento dell'attività di cui alla lett. f) dell'art. 20 del d. lgs. n. 276 del 2003; o quella di contratti di agenzia stipulati, sempre da parte di società di somministrazione, con singoli agenti incaricati di promuovere contratti di lavoro in aree territoriali determinate.

¹²²⁷ Parere del Consiglio di Stato - seduta del 29 settembre 1999 -, sul quale v. RUSSO A., *Mercato del lavoro e modelli organizzativi nella fornitura di lavoro temporaneo*, *Dir. Rel. Ind.*, 2000, p. 241. Per un approfondimento delle questioni postesi nel vigore della previgente normativa sul lavoro interinale v. SPATTINI S., TIRABOSCHI M., *op. cit.*, pp. 22-24.

ricorsi presentati alla Corte costituzionale nel corso del 2003 e sui quali la Consulta si è pronunciata con sentenza n. 50 del 2005¹²²⁸.

Secondo le regioni, la normativa sul regime autorizzatorio – che riguarderebbe l'esercizio di funzioni amministrative in materia di "tutela e sicurezza del lavoro" – oltre a contrastare con l'art. 117, comma terzo, Cost., in quanto normativa di dettaglio, violerebbe anche gli artt. 117, sesto comma, e 118 Cost., per lesione della potestà regolamentare e delle funzioni amministrative regionali nelle materie che sono di competenza legislativa delle regioni¹²²⁹.

Tali censure (come la stragrande maggioranza delle altre, riguardanti la legge delega n. 30 e il d. lgs. n. 276 del 2003) non sono state accolte dalla Corte costituzionale. In particolare, secondo la Consulta, la scelta di un unico regime autorizzatorio «costituisce un criterio direttivo idoneo a dar luogo alla formulazione di un principio fondamentale (...). Connessa alla scelta dell'unicità del regime autorizzatorio o di accreditamento è la scelta dell'albo unico delle agenzie per il lavoro, di cui all'art. 4, comma 1, d. lgs. n. 276 del 2003 (...). Inoltre (...), la disciplina di rilascio delle autorizzazioni, dei criteri di verifica dell'attività, di revoca dell'autorizzazione e "di ogni altro profilo relativo alla organizzazione e alle modalità di funzionamento dell'albo delle agenzie per il lavoro", ancorché in parte si tratti anche di disciplina di attività amministrative, è coesistente ai principi fondamentali suindicati.

Le censure contro i restanti commi del citato art. 4 (...) sono quindi infondate».

La Corte costituzionale attribuisce, dunque, natura di principio fondamentale alla scelta del regime autorizzatorio unico nazionale, mentre procede con minore lucidità e chiarezza alla qualificazione delle norme che, più nel dettaglio, disciplinano le modalità dell'autorizzazione ministeriale (e, cioè, delle norme dell'art. 4).

Fra le righe della decisione che riguardano la legittimità costituzionale dell'art. 4 compaiono, invero, alcuni riferimenti all'esigenza che «siano garantiti anche altri interessi costituzionalmente protetti, quali quelli inerenti alle prestazioni essenziali per la realizzazione del diritto al lavoro, da un lato, ed allo svolgimento di attività che possono avere natura economica in regime di concorrenza, dall'altro», ma, alla fine, resta il dubbio che la qualificazione data dalla Consulta alla normativa sulle autorizzazioni contenuta nell'articolo in commento sia *in toto* quella di principio fondamentale o, diversamente, di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti

¹²²⁸ Sui ricorsi presentati dalle regioni avverso le varie disposizioni del d. lgs. n. 276 del 2003 (tra le quali, l'intero art. 4) v. TORELLI F., *Servizi all'impiego pubblici e privati*, cit., pp. 278-279 (e, ancor più nel ampliamente, *Ead.*, *Le agenzie del lavoro*, cit., pp. 3-4). Come ricordato dall'A, dopo le denunce di incostituzionalità di molte disposizioni della legge delega n. 30 del 2003, le regioni, non solo non hanno ritirato i primi ricorsi, ma hanno sollevato nuove eccezioni di incostituzionalità contro il d. lgs. n. 276 del 2003. Sulle questioni di legittimità costituzionale riguardanti, più specificamente, il rapporto tra disciplina nazionale in materia di autorizzazioni e discipline regionali, v., in dottrina e in sede di commento all'art. 4, TULLINI, P., *Articolo 4. Agenzie per il lavoro*, cit., pp. 85-88; *Ead.*, *Mercato del lavoro, modello organizzativo e livelli di regolazione*, cit., p. 61; per il periodo precedente all'attuazione della legge delega n. 30 del 2003, TIRABOSCHI M., *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego alla luce dell'articolo 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in AA.VV., *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit., pp. 28-31.

¹²²⁹ A tal proposito – e come ricorda, nella sua decisione, la stessa Corte costituzionale – i ricorsi richiamano anche la precedente e nota sentenza della Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303 (in *Foro it.*, 2004, I, 1004, con note di Videtta C., Fracchia F., Ferrara R.), per la quale il mantenimento in sede centrale di funzioni amministrative che dovrebbero spettare alle regioni è possibile solo in presenza di effettive esigenze unitarie.

il diritto al lavoro e/o di tutela della concorrenza.

Probabilmente, la Corte costituzionale ha perso l'occasione di dire, più a chiare lettere, che l'avvenuto esercizio di competenza legislativa statale, in materia di autorizzazioni, è costituzionalmente legittimo in quanto esercizio di potestà legislativa esclusiva riguardante, da un lato, la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti" il diritto al lavoro (ex art. 117, comma 2, lett. m) - inerente, cioè, alla fissazione di misure indispensabili per rendere effettivo tale diritto - e, dall'altro, la "tutela della concorrenza" (tra le diverse agenzie e, più in generale, tra i diversi operatori ammessi ad esercitare attività nel campo dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro), ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e)¹²³⁰.

Ma la questione si sarebbe prestata anche ad una più articolata e puntuale impostazione.

I vizi di legittimità costituzionale denunciati riguardavano, infatti, due diversi ambiti normativi: la disposizione contenente il criterio direttivo della "identificazione di un unico regime di autorizzazione" - contenuta, come si è già visto, nella legge delega - e l'ambito delle norme attuative di tale principio, contenute nell'art. 4 del decreto delegato. Ambito, quest'ultimo, al quale possono essere ascritte anche le norme regolamentari del D.M. 23.12.2003, riguardanti la tenuta dell'albo, le modalità di richiesta e di rilascio dell'autorizzazione provvisoria e a tempo indeterminato, la sospensione e la revoca delle autorizzazioni etc...

Malgrado la presenza di un quadro normativo così articolato sarebbe stato sufficiente, per la Corte, ammettere la legittimità del principio della identificazione (da parte del legislatore nazionale) di un unico regime autorizzatorio, per poi far discendere da questa e in via del tutto consequenziale, la legittimità delle norme che concretamente regolano il regime dell'autorizzazione nazionale (e, dunque, dell'intero art. 4). Ammessa, infatti, la legittimità di un sistema centralizzato di autorizzazione alle agenzie - in quanto sistema di salvaguardia dei "livelli essenziali delle prestazioni" concernenti il diritto al lavoro e di "tutela della concorrenza" - era, infatti, ovvio che si sarebbe dovuta considerare legittima anche la normativa di dettaglio sul regime autorizzatorio nazionale. Tale regime, proprio perchè nazionale, non poteva che essere disciplinato dal legislatore statale. La dichiarata legittimità della norma che fissa il criterio direttivo avrebbe potuto fungere, così, da ombrello sotto cui avrebbero trovato riparo - rendendosi, pertanto, legittime - anche le norme sulla procedura, sui termini, sulla sospensione e la revoca delle autorizzazioni ministeriali¹²³¹.

¹²³⁰ Cfr. ALAIMO A., *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme in materia di mercato del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 258. Nella prospettiva del soddisfacimento del diritto al lavoro tramite la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che lo riguardano e della tutela della concorrenza, si pone, del resto, la stessa decisione della Corte cost. n. 50 del 2005, in alcuni passaggi della motivazione riguardanti quelle che gli stessi giudici della Consulta considerano "opzioni interpretative di carattere generale".

¹²³¹ Diverso il suggerimento fornito da TULLINI P., *Mercato del lavoro, modello organizzativo e livelli di regolazione*, cit., p. 61, pur sempre compiuto nel tentativo di sostenere la legittimità costituzionale delle norme sull'autorizzazione nazionale e, sostanzialmente, imperniato sull'impiego del principio di sussidiarietà verticale. Secondo l'A., la legittimità dell'assetto legislativo riguardante il regime autorizzatorio di matrice statale dovrebbe essere rinvenuta, «non tanto sul terreno del riparto legislativo per materia (cfr. art. 117 della Costituzione) quanto piuttosto su quello individuato dall'articolo 118 della Costituzione, cioè sul terreno dell'allocazione di funzioni amministrative secondo il principio di sussidiarietà» e di adeguatezza (ex art. 118, comma 1, Cost.); seguendo tale impostazione, il vaglio di legittimità avrebbe potuto essere superato accertando «che l'attrazione al centro della funzione amministrativa e di quella

Una reale questione di conflitto con le regole costituzionali sul federalismo legislativo e, dunque, di violazione delle competenze delle regioni nella materia della “tutela e sicurezza del lavoro” avrebbe potuto porsi, semmai, con riferimento alla norma che, regolando le autorizzazioni regionali (art. 6, comma 6)¹²³², rinvia alla disposizione riguardante i requisiti giuridico-finanziari delle agenzie (art. 5). Poiché la legislazione delegata ha richiesto – anche per il rilascio delle autorizzazioni regionali – il “previo accertamento dei requisiti di cui agli articoli 4 e 5”¹²³³, essa ha, infatti, vincolato i legislatori regionali ad osservare la normativa di dettaglio sui requisiti giuridico-finanziari delle agenzie contenuta nell’art. 5.

Così impostata, la questione finisce per investire, però, la legittimità costituzionale di disposizioni diverse da quella qui in commento ed, in particolare, dell’art. 5, sui requisiti delle agenzie. Se ne rinvia, pertanto, la trattazione alla parte II.

4. Vecchie agenzie e nuovi provvedimenti di autorizzazione.

Completata la descrizione del sistema autorizzatorio, resta da chiarire secondo quali modalità le agenzie (di lavoro temporaneo, di mediazione e di consulenza) già attive in base ai vecchi regimi di autorizzazione e di accreditamento, sono state ammesse ad operare in conformità delle nuove regole e, dunque, a traghettare nel nuovo sistema.

L’art. 86 del d. lgs. n. 276 del 2003 disponeva, al riguardo, che tutte le società autorizzate o accreditate sulla base della precedente normativa dovessero sottostare ad una “disciplina transitoria e di raccordo” definita con apposito decreto del Ministro del lavoro e che, in attesa di tale disciplina, rimanessero in vigore le norme di legge e di regolamento vigenti all’epoca dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 276/2003.

In attuazione di tale disposto, è stato lo stesso D.M. 23.12.2003 a stabilire come le vecchie agenzie dovessero conformarsi al nuovo sistema, introducendo – negli artt. 11 e 15 - le previste disposizioni di raccordo.

Si è, in primo luogo, stabilito che i vecchi provvedimenti di autorizzazione o di accreditamento dovessero essere rinnovati e cioè che entro termini brevi dovessero essere presentate dalle agenzie operanti in base alla vecchia normativa le nuove richieste di autorizzazione. L’art. 15 ha fissato, in particolare, in sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto il termine entro cui i soggetti già autorizzati o accreditati dovessero presentare le nuove richieste di autorizzazione e di accreditamento, aggiungendo che, in caso di mancato rispetto dei termini, i vecchi provvedimenti sarebbero stati revocati di diritto.

legislativa collegata (...) fosse “proporzionata e non risultasse affetta da irragionevolezza”. E soprattutto apparisse giustificata in base alla ritenuta “vocazione dinamica” della sussidiarietà» (p. 68).

¹²³² È appena il caso di ricordare che la illegittimità costituzionale dell’intero art. 6 era stata denunciata dalle regioni Emilia Romagna e Marche e, limitatamente ai commi da 6 a 8, dalla regione Toscana e dalla Provincia di Trento. Alla luce delle modifiche introdotte dal decreto correttivo, d. lgs. n. 251 del 2004, la Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato cessata la materia del contendere rispetto all’art. 6 il cui nuovo testo conferisce espressamente alle regioni il potere di disciplinare le procedure di autorizzazione regionale, nonché il potere di autorizzare comuni, camere di commercio e istituti di scuola secondaria di secondo grado allo svolgimento dell’attività di intermediazione (nuovi commi 8 e 2 dell’art. 6), mentre non è più previsto (com’era nell’originario testo del comma 8) che le modalità di costituzione dell’apposita sezione regionale dell’albo di cui all’art. 4 siano stabilite con un decreto ministeriale.

¹²³³ Il richiamo ad entrambe le disposizioni ed, in particolare, all’art. 4, suona, in realtà, pressoché incomprensibile, dato che i requisiti richiesti per il rilascio delle autorizzazioni sono interamente racchiusi nell’art. 5 (e, semmai, ulteriormente specificati nel D.M. 5.5.2004) e nulla hanno a che vedere, invece, con l’art. 4.

Il D.M. ha, tuttavia, chiarito, che, in attesa delle nuove autorizzazioni ed una volta che queste ultime fossero state richieste, le vecchie agenzie di lavoro temporaneo potessero già «operare ai sensi degli articoli 20 e seguenti del decreto legislativo» n. 276 del 2003; in virtù di tale disposizione, le vecchie agenzie di lavoro interinale hanno potuto somministrare lavoro a tempo indeterminato alla sola condizione della compiuta richiesta di nuova autorizzazione.

La disposizione ha avuto l'effetto di ammettere, sin da subito, allo *staff leasing* le vecchie agenzie di lavoro interinale – quasi che anche l'attesa delle nuove autorizzazioni fosse un tempo troppo lungo a cui legare l'avvio del nuovo istituto – ed è apparsa coerente con la volontà di rendere quanto prima possibile operanti le nuove regole in materia di somministrazione.

Se ne ha riprova in un'altra, sorprendente, disposizione del D.M. 23.12.2003 – l'art. 11, comma 3 – che, in deroga a quanto stabilito dal decreto legislativo (ed in particolare ad un'altra delle disposizioni transitorie e finali dell'art. 86: il comma 3), e dunque *in deroga ad una norma posta da fonte di rango superiore*, ha anticipato l'effetto della disposizione del d. lgs. n. 276 del 2003 riguardante la causale generale della somministrazione a tempo determinato («la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»: art. 20, c. 4).

L'art. 11, comma 3, del D.M. in esame, stabilendo, infatti, che sin «dalla data di entrata in vigore del presente decreto, *il contratto di somministrazione a tempo determinato può essere concluso*, ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 86, comma 3, del decreto legislativo, per soddisfare esigenze temporanee», oltre che nei casi previsti dalle clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro, *anche "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo"*¹²³⁴, ha vanificato l'ultrattività delle norme contrattuali collettive di determinazione delle esigenze di carattere temporaneo (e, dunque, delle cdd. "causali" contrattuali) che il legislatore delegato aveva disposto attraverso l'art. 86, comma 3¹²³⁵.

La norma del D.M. – della cui legittimità è, certamente, lecito dubitare - non è solo un esempio della fretta di rendere il prima possibile fruibili le nuove regole sulla somministrazione alle agenzie già autorizzate (ad operare come società di fornitura di lavoro temporaneo), ma si presenta, più in generale, coerente col disegno di indebolire la contrattazione collettiva tramite la previsione di poteri normativi sostitutivi o, come in questo caso, attraverso il loro esercizio di fatto da parte del Ministero¹²³⁶.

Parte II. Le agenzie per il lavoro: requisiti giuridici e finanziari.

1. Premesse.

A garanzia della affidabilità tecnico-finanziaria delle agenzie e dei soggetti che operano al loro interno, l'art. 5 prevede una lunga serie di «requisiti giuridici e finanziari» necessari per l'iscrizione

¹²³⁴ C.vo nostro.

¹²³⁵ «Le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera a), della medesima legge e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine».

¹²³⁶ Sull'esercizio di poteri sostitutivi della contrattazione da parte del Ministero del lavoro v., in materia di contratti di inserimento, GOTTARDI D., *Concertazione e unità sindacale. L'Accordo interconfederale sui contratti di inserimento*, Lav. Dir., 2004, p. 231.

all'albo (e – prima ancora - per il rilascio delle autorizzazioni), in parte comuni a tutte le attività (comma 1); in parte distinti e graduati in relazione alle cinque tipologie (comma 2-6).

Se si eccettuano alcune novità, la stesura dell'articolo è il risultato di una riproduzione (e a volte di un vero e proprio trascinamento) di disposizioni già presenti nelle leggi precedenti e riguardanti i requisiti giuridici e finanziari delle vecchie agenzie di lavoro temporaneo (l. 196/97: art. 2, commi 2, 3 e 4) e di quelle di mediazione (d. lgs. n. 469/97: art. 10).

Già allora, la restrizione del numero dei soggetti che potevano svolgere mediazione o fornitura di lavoro temporaneo in ragione della necessaria ricorrenza dei requisiti prescritti, aveva suscitato il dubbio della compatibilità di tali requisiti col generale principio di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.). Si era osservato - e può ancora osservarsi -, tuttavia, che la previsione di presupposti giuridici e finanziari per il rilascio delle autorizzazioni risulta funzionale alla attuazione di valori costituzionali concorrenti e non è, dunque, lesiva del principio richiamato. Si tratta, infatti, di limiti «sorretti dal canone di ragionevolezza» e a pieno titolo rientranti fra quelli consentiti dall'art. 41 comma 2, Cost.¹²³⁷

In presenza delle nuove disposizioni non sono, anzi, mancate denunce di segno contrario per le quali la portata restrittiva dei requisiti previsti dall'art. 5, lungi dal dover essere sopravvalutata, non genera poteri "forti" di conformazione e di direzione delle attività delle agenzie in capo all'amministrazione statale, al punto tale che le agenzie sarebbero, sostanzialmente, esonerate da «vincoli pubblicistici penetranti»¹²³⁸.

2. Requisiti comuni.

Procedendo alla individuazione dei requisiti comuni, il comma 1 dell'art. 5 prevede, innanzitutto, che ogni agenzia di somministrazione e di intermediazione *debba* costituirsi «nella forma di società di capitali ovvero cooperativa o consorzio di cooperative, italiana o di altro Stato membro dell'Unione europea»; le agenzie di ricerca e selezione del personale e quelle di supporto alla ricollocazione professionale (da qui in poi: agenzie di consulenza) *possono*, invece, anche assumere la forma delle società di persone. Si tratta di requisiti di congruità organizzativa che, nel caso della somministrazione e della intermediazione, hanno lo scopo di allontanare quanto più possibile le agenzie dalla - sempre mal vista - figura dell'interponente/intermediario abusivo¹²³⁹, la quale viene scongiurata, innanzitutto, dalla previsione di forme giuridiche dell'impresa adeguate ai tipi di attività che si intende svolgere.

Il requisito è nuovo per le agenzie di intermediazione¹²⁴⁰ - che nel precedente sistema potevano anche essere imprese o gruppi di imprese, di natura non societaria, nonché enti non commerciali - mentre la possibilità di utilizzare forme societarie anche non di capitali per le agenzie di

¹²³⁷ CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 245-246. Così anche LECCESE V., *Soggetti abilitati all'attività di fornitura*, in AA.VV., *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997* (a cura di Liso F., Carabelli U.), Angeli, 1999, p. 166.

¹²³⁸ Di quest'opinione, ANGIOLINI V., *Le agenzie del lavoro*, cit., pp. 30-31.

¹²³⁹ LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 118.

¹²⁴⁰ Non lo è invece per quelle di somministrazione, per le quali l'unica novità è rappresentata dalla previsione anche del «consorzio di cooperative».

consulenza era già prevista, nel vecchio assetto normativo (art. 10, comma 2, d. lgs. n. 469 del 1997). Correttamente è stata, pertanto prospettata la caducazione immediata delle imprese o gruppi di imprese, di natura non societaria, che svolgevano, nel precedente sistema, attività di mediazione¹²⁴¹.

Un ulteriore requisito comune è quello della nazionalità – italiana o di altro Stato membro dell'Unione europea (anch'esso non previsto, precedentemente, per le agenzie di mediazione) – e deriva dal trascinarsi di identica prescrizione dall'art. 2 della l. n. 196 del 1997. Per spiegarne la previsione, possono, così, riproporsi le ragioni ipotizzate, nella precedente disciplina, per le agenzie di lavoro temporaneo: se da un lato è possibile che il requisito sottenda la volontà di escludere dal mercato della somministrazione e dall'ambito dei servizi per il mercato del lavoro le società multinazionali extraeuropee ed in particolare quelle statunitensi¹²⁴², è anche pensabile che, per le agenzie di somministrazione, il requisito risponda all'obiettivo di rendere applicabile al relativo contratto la legge italiana o almeno la normativa di altro paese comunitario¹²⁴³.

Anche la previsione del requisito *sub b)* - necessità che ogni agenzia abbia la propria sede legale o una dipendenza nel territorio italiano o di altro Stato membro dell'U.E. - è l'effetto della riproduzione di regole già previste, nel sistema precedente, per le agenzie di lavoro temporaneo e sembra rispondere alla medesima esigenza di rendere applicabile la legge italiana o, almeno, la normativa di altro paese dell'U.E.

2.1. (Segue) In particolare: idoneità dei locali e competenze professionali adeguate. Il D.M. 5.5.2004.

Ulteriori requisiti comuni, già richiesti alle agenzie di lavoro temporaneo, sono quelli della «disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali», requisiti dei quali il legislatore delegato rinviava la specificazione ad apposito decreto ministeriale (art. 5, comma 1, lett. c). Per l'adozione di quest'ultimo decreto - diversamente da quanto previsto per quello sulle autorizzazioni (*ex art. 4, comma 5*) - l'art. 5 prevedeva un procedimento leggermente complesso: il decreto avrebbe dovuto essere adottato *d'intesa* con la Conferenza Stato-Regioni, *sentite* le associazioni sindacali (dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro) comparativamente più rappresentative (il cui parere sarebbe stato, dunque, obbligatorio, ma non vincolante).

Il Ministero ha, di fatto, disatteso l'*iter* procedurale previsto poiché, per via dello stallo decisionale in cui per mesi si era trovata la Conferenza Stato-Regioni in relazione alla bozza di decreto trasmessa dal Ministero, ha adottato il D.M. 5.5.2004 in assenza di previa intesa con la Conferenza.

Il D.M. 5.5.2004 ha sostanzialmente fissato *il numero minimo di personale* di cui le agenzie debbono disporre (art. 1, comma 1, lett. a e b): almeno quattro unità di personale nella sede principale e due in ogni sede organizzativa ulteriore, per le agenzie di somministrazione e per quelle di intermediazione; almeno due unità, nella sede principale, ed una per ogni sede organizzativa ulteriore, per le agenzie di consulenza.

¹²⁴¹ MISCIONE M., *Le agenzie per il lavoro*, in AA.VV., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., p. 122. Secondo la ricognizione dell'A. 19 soggetti autorizzati alla mediazione, nel vigore della precedente normativa, non erano società.

¹²⁴² TIRABOSCHI M., *Attività di fornitura di lavoro temporaneo. Soggetti abilitati*, DPL- serie ORO, 1997, n. 5, p. 54; cfr. anche LECCESE V., *op. cit.*, pp. 172-173.

¹²⁴³ Così CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 219; TIRABOSCHI M., *op. loc. cit.*

Rispetto alle “adeguate competenze professionali” il Ministero si è limitato, invece, a prevedere adeguate *esperienze*, piuttosto che titoli professionali specifici, come il decreto delegato avrebbe invece consentito (l’art. 5 fa, infatti, riferimento ad «adeguate competenze professionali, dimostrabili per titoli o per specifiche esperienze»). Si è, così, stabilito (art. 1, comma 2, D.M. 5.5.2004) che le adeguate competenze debbano derivare «da un’esperienza professionale di durata non inferiore a due anni acquisita in qualità di dirigente, quadro, funzionario o professionista nel campo della gestione o della ricerca e selezione del personale o della fornitura di lavoro temporaneo o della ricollocazione professionale o dei servizi per l’impiego o della formazione professionale o di orientamento o della mediazione tra domanda e offerta di lavoro o nel campo delle relazioni sindacali». L’unico riferimento a titoli è presente nel comma terzo dell’art. 1, secondo cui i percorsi formativi certificati dalle Regioni o dalle Province e promossi anche da associazioni maggiormente rappresentative in materia di ricerca e selezione del personale, ricollocazione professionale e somministrazione – purché di durata non inferiore ad un anno - possono rilevare ai fini dell’acquisizione dell’esperienza professionale richiesta che, comunque, non può essere complessivamente inferiore al biennio.

Una norma specifica è, infine, dettata per i consulenti del lavoro per i quali l’iscrizione all’albo da almeno due anni costituisce titolo idoneo alternativo all’esperienza professionale (art. 1, comma 4).

Riguardo alla idoneità dei locali, il D.M. 5.5.2004 ha dettato regole che costituiscono, da una parte, requisiti strutturali dei medesimi, dall’altra condizioni necessarie ad un congruo funzionamento delle strutture, soprattutto in ragione del fatto che queste ultime entrano in rapporto con il pubblico, gestendo, almeno nel caso della intermediazione, un servizio pubblico¹²⁴⁴.

In ordine al primo tipo di requisiti, si è, così, stabilito – evidentemente in vista dell’obbligo di interconnessione degli operatori privati con la borsa continua nazionale del lavoro (da qui in poi: borsa) – che tutte le agenzie debbano possedere «locali ed attrezzature d’ufficio, informatiche e collegamenti telematici idonei»; inoltre, con una previsione che suona un po’ come norma di rito (e che, come tale, avrebbe potuto essere omessa), si è stabilito che i locali debbano essere «conformi alla normativa in materia di sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro» (art. 2, comma 1 e 2). Si è infine previsto che i locali adibiti a sportello siano accessibili ai disabili (art. 2, comma 3, art. 3).

Riguardo al secondo tipo di requisiti – attinenti alla pubblicità e alla trasparenza dei servizi prestati – il D.M. ha invece prescritto che debbano essere affissi e, pertanto, resi visibili (1) gli estremi dell’autorizzazione e dell’iscrizione all’albo; (2) l’orario di apertura al pubblico; (3) l’organigramma delle funzioni aziendali con le specifiche competenze professionali ed il responsabile della unità organizzativa.

2.2. (Segue) Altri requisiti comuni.

Ancora quattro requisiti vanno inclusi nell’elenco di quelli comuni.

Il primo – condizione tipica di affidabilità dei soggetti che si trovano in posizioni-chiave all’interno delle agenzie - è dato dalla necessaria «assenza di condanne penali, anche non definitive, ivi

¹²⁴⁴ Sulla questione dei servizi all’impiego, anche di quelli gestiti dalle agenzie, come servizi pubblici, si rinvia ad ALAIMO A., *I servizi all’impiego*, cit., p. 249.

comprese le sanzioni sostitutive di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689», per una serie di reati tassativamente indicati nella lett. d) del comma 1 dell'art. 5, nonché l'assenza di sottoposizione alle misure di prevenzione indicate dalle leggi sempre ivi richiamate. L'assenza tanto di condanne penali quanto di misure di prevenzione è richiesta nei confronti degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti muniti di rappresentanza e dei soci accomandatari, cioè, in sostanza, nei riguardi di soggetti che occupano posizioni di particolare responsabilità nell'ambito delle agenzie. Anche in questo caso, la disposizione è l'effetto del trascinamento di norma identica, prevista, nel sistema precedente, per le agenzie di mediazione, dall'art. 10 del d. lgs. n. 469 del 1997 (comma 7, lett. b).

Il secondo requisito è legato alla circostanza che, come meglio si vedrà, tutte le agenzie possono ormai operare come soggetti polifunzionali, cioè esercitare diversi tipi di attività, anche ulteriori rispetto a quelle corrispondenti alle cinque sezioni dell'albo. Si richiede, pertanto, che per ciascuna attività le agenzie organizzino «distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici» (lett. e).

Il terzo e il quarto degli ultimi requisiti comuni (lett. f e g) riguardano l'*attività* delle agenzie e non più – come i precedenti – la forma giuridica, le strutture ed i soggetti che operano al loro interno. Per tutte le agenzie è previsto l'obbligo di interconnessione con la borsa «attraverso il raccordo con uno o più nodi regionali» anche se l'adempimento dell'obbligo è stato rinviato, dal D.M. 23.12.2003, al momento della definitiva messa a regime del sistema e sostituito dal semplice obbligo di dichiarare, all'atto della richiesta di autorizzazione, che l'agenzia provvederà tempestivamente alla interconnessione. Il successivo D.M. 13.10.2004 – che ha dettato disposizioni specifiche sull'avvio della borsa – ha, invece, compiuto un ulteriore e decisivo passo verso la concreta connessione delle agenzie alla rete informatica ed in particolare, alle reti eventualmente già presenti a livello regionale. Ha, infatti, stabilito che, in attesa della completa messa a regime della borsa, le agenzie (al pari degli altri operatori autorizzati ex art. 6, d. lgs. n. 276 del 2003) «ottemperano all'obbligo di interconnessione alla borsa continua nazionale del lavoro attraverso uno dei nodi regionali che risultano già attivi secondo gli standard tecnici e i flussi informativi di scambio disciplinati nel presente decreto» (D.M. 13.10.2004, art. 9)¹²⁴⁵.

Si richiede, infine, che nell'esercizio delle attività, le agenzie tutelino la riservatezza dei lavoratori e rispettino la normativa vigente in materia di trattamento dei dati personali. Il requisito è prescritto attraverso il rinvio all'art. 8 del d. lgs. n. 276 del 2003 che espressamente regola la materia del trattamento dei dati personali dei lavoratori da parte delle agenzie e degli altri operatori, privati e pubblici, ammessi, ex art. 6, all'esercizio dell'attività di intermediazione.

3. Requisiti differenziati. In particolare: i requisiti finanziari.

Tra i requisiti differenziati può essere utile distinguere ulteriormente i requisiti finanziari - comuni

¹²⁴⁵ È appena il caso di ricordare che sistemi di informatizzazione dei servizi all'impiego erano già presenti, anche prima del d. lgs. n. 276 del 2003, in più di una regione. Su di essi v. BASENGHI F., *La riforma dei servizi pubblici per l'impiego*, in Ferraro G. (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*, Giuffrè, 2003, pp. 400-401. Nel momento in cui si scrive, i nodi regionali della borsa attivi sono due (Veneto e Lombardia), ma si prevede che già per la fine del 2005 ne saranno attivati altri otto (informazioni tratte dal sito Internet: <http://www.labilitalia.com>).

a tutte le agenzie, ma *diversificati nel quantum* – da una serie di altri requisiti, realmente differenziati in ragione del tipo di attività/agenzia. Vanno isolati, infine, una serie di requisiti che riguardano le sole società di somministrazione e che, in realtà, non funzionano come requisiti necessari all'autorizzazione-iscrizione, poiché implicano, piuttosto, una verifica *ex post* dei comportamenti tenuti da tali agenzie in seguito al rilascio dell'autorizzazione¹²⁴⁶.

1) Per quanto riguarda i requisiti finanziari, è, innanzitutto, previsto che ogni agenzia debba provvedere alla acquisizione di un capitale versato minimo che non può essere inferiore a: 600.000 euro per le agenzie di somministrazione generaliste; 350.000 euro per le specialistiche; 50.000 euro per le agenzie di intermediazione; 25.000 euro per quelle di consulenza.

I minimi così previsti riproducono, sostanzialmente, le somme già stabilite dalla precedente normativa. L'unica eccezione è rappresentata dalla somma richiesta alle agenzie di intermediazione che è stata dimezzata rispetto a quella prevista nel vecchio sistema (dai precedenti 200.000.000 di lire agli attuali 50.000 euro). Se è vero che l'intento può essere stato quello di favorire la diffusione di questo tipo di agenzie, è probabile che l'intenzione non riuscirà a cogliere nel segno poiché «per un verso si dimezza – rispetto alle disposizioni del 1997 – il capitale sociale da versare; per l'altro si introduce il nuovo requisito, secondo cui l'attività dovrebbe riguardare almeno quattro Regioni. Si pensa pertanto ad una società più piccola, sul piano economico; ma la cui attività sia nel contempo maggiormente estesa e ramificata»¹²⁴⁷.

Un secondo requisito finanziario è previsto, per le sole agenzie di somministrazione, a garanzia dei crediti dei lavoratori dipendenti e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali. Si tratta, per il primo biennio di attività (corrispondente al periodo coperto da autorizzazione provvisoria), di un deposito cauzionale minimo di 350.000 euro per le agenzie di somministrazione generaliste, e di 200.000 euro per quelle specialistiche.

Il requisito è analogo a quello precedentemente previsto per le società di lavoro interinale (art. 2, comma 2, lett. c, l. 196/90), così come testualmente riprodotta è la disposizione sull'esonero dall'obbligo del deposito disposto per le «società che abbiano assolto ad obblighi analoghi previsti per le stesse finalità dalla legislazione di altro Stato membro dell'Unione europea». Anche la norma sull'esonero riprende, infatti, una disposizione introdotta, nel 2003, nella legge n. 196 del 1997, al fine di dare seguito ad una sentenza di condanna che la Corte di Giustizia delle Comunità europee aveva adottato, nel 2002, nei confronti dello Stato italiano¹²⁴⁸. Come nel precedente regime, anche nell'attuale, l'applicazione della disposizione sull'esonero potrebbe, tuttavia, non risultare del tutto agevole se si considera la difficoltà di valutare la richiesta analogia di obblighi che siano previsti da altri ordinamenti, «per le stesse finalità».

¹²⁴⁶ Così anche LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 134.

¹²⁴⁷ *Id.*, p. 130.

¹²⁴⁸ La deroga presente nell'art. 5 del d. lgs. n. 276 del 2003 era già stata introdotta nella legge n. 196 del 1997 dalla legge comunitaria per il 2002 (l'art. 17 della l. 3 febbraio 2003, n. 14 aveva, infatti, integrato l'art. 2, comma 2, lett. c) della legge n. 196 del 1997). L'integrazione si era resa necessaria in seguito alla sentenza di condanna che la Corte di Giustizia delle Comunità europee aveva adottato nei confronti della Repubblica italiana (CGCE 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione v. Repubblica italiana*, in Racc., 2002, I-01425). Secondo tale sentenza, lo Stato italiano, avendo imposto che le società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo depositassero una cauzione di 700 milioni di lire presso un istituto di credito *avente la sede o una dipendenza nel territorio nazionale* sarebbe venuto meno agli obblighi impostigli dagli artt. 49 e 56 TCE, costituendo tale obbligo di deposito una restrizione ai movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56, n. 1, TCE ed una discriminazione nei confronti degli istituti di credito stabiliti in altri Stati membri, vietata dall'art. 49, primo comma, CE.

A decorrere dal terzo anno solare è, invece, prevista «la disposizione, in luogo della cauzione, di una fideiussione bancaria o assicurativa» o - per effetto dell'integrazione apportata dal decreto correttivo (d. lgs. n. 251 del 2004) - «rilasciata da intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via prevalente o esclusiva attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze» - non inferiore al 5 per cento del fatturato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto realizzato nell'anno precedente e comunque non inferiore a 350.000 euro». L'integrazione del decreto correttivo del 2004 al testo originario del 2003 ha inteso rispondere ad un'esigenza emersa nella prima fase di presentazione delle richieste di autorizzazione da parte di agenzie che riscontravano difficoltà nell'ottenere da istituti di credito o da assicurazioni la specifica garanzia fideiussoria richiesta dal testo originario della disposizione¹²⁴⁹.

3.1. (Segue) Distribuzione dell'attività su almeno quattro regioni e indicazione dell'oggetto sociale prevalente.

Per le sole agenzie di somministrazione generaliste e per quelle di intermediazione – quali requisiti differenziati in ragione del tipo di attività/agenzia – sono poi previste (1) la necessaria attività in un ambito distribuito «sull'intero territorio nazionale e comunque non inferiore a quattro regioni» (comma 2, lett. b; comma 4, lett. b) e (2) la indicazione della somministrazione e della intermediazione come oggetto sociale *prevalente*.

1) La diffusione dell'attività su un ambito di almeno quattro regioni era tra i requisiti richiesti, nel regime precedente, alle agenzie di lavoro interinale.

Per le agenzie di intermediazione il requisito è, invece, nuovo e, come si è già osservato, scarsamente coerente con il dimezzamento del capitale sociale minimo richiesto a tali soggetti. Sembra, pertanto, condivisibile la previsione secondo cui l'elemento della distribuzione dell'attività su almeno quattro regioni finirà per incidere negativamente, sia sulla sopravvivenza delle agenzie di mediazione già autorizzate, sia sulla costituzione di nuovi soggetti¹²⁵⁰. La previsione sembra confermata dall'irrisorio numero di soggetti che, sino ad oggi, hanno richiesto autorizzazione a svolgere attività di intermediazione e che, pertanto, risultano iscritti nella III sezione dell'albo nazionale: appena tre di fronte al cospicuo numero di agenzie iscritte, invece, nella I e nella IV sezione. È presumibile che le attività di intermediazione mantengano, così, una qualche prospettiva di sviluppo entro i singoli ambiti regionali ed in virtù del possibile rilascio delle autorizzazioni, ex art. 6, comma 6.

2) Secondo requisito comune alle agenzie di somministrazione generaliste e a quelle di intermediazione è l'indicazione dell'attività esercitata come oggetto sociale prevalente. Tale indicazione, come ha chiarito la circ. Min. Lavoro del 24.6.2004, n. 25, deve essere compiuta, all'interno dello statuto.

Eliminato il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo, i due tipi di agenzie sono, infatti, soggette al più blando obbligo di esercitare *prevalentemente* l'attività autorizzata, compiendone indicazione

¹²⁴⁹ Così RAUSEI P., *Le novità del correttivo alla riforma lavoro*, Dir. prat. lav., 2004, Inserto al n° 43, p. XIII.

¹²⁵⁰ Ancora LASSANDARI A., *op. loc. ult. cit.*

nello statuto¹²⁵¹.

Sul requisito della prevalenza dell'attività esercitata è intervenuto il D.M. del 23.12.03 che, all'art. 6, ha stabilito che «il concetto di prevalenza (...) va inteso in senso strettamente quantitativo, nel senso che l'attività oggetto di autorizzazione deve riguardare almeno il 50,1 per cento delle attività della agenzia svolte nell'arco dei ventiquattro mesi» e che la verifica dell'oggetto sociale prevalente «verrà effettuata di biennio in biennio sulla base dei dati di contabilità analitica che devono essere desumibili da ogni unità operativa». La circ. Min. lav. del 24.6.2004 ha inoltre precisato che, ai fini del controllo di prevalenza, il risultato contabile di cui occorre tenere conto è quello *aggregato* e *non*, invece, quello rilevabile *a livello di filiale*: l'attività che costituisce l'oggetto sociale deve, cioè, necessariamente prevalere a livello di agenzia, cosicché è ammissibile la prevalenza di un'altra attività a livello di filiale¹²⁵².

I dubbi concernenti i criteri di verifica della «prevalenza», che erano stati avanzati da più parti al cospetto della laconicità del disposto legislativo¹²⁵³, sembrano, così, fugati, dal decreto ministeriale e dai chiarimenti contenuti nella circolare, anche se un espresso riferimento al fatturato – nel D.M. 23.12.03 – sarebbe stato, forse, preferibile.

È inoltre il caso di ricordare che per le agenzie di consulenza l'art. 5 (comma 5 e 6, lett. b) richiede che l'attività autorizzata sia semplicemente indicata come oggetto sociale nello statuto, mentre non è prescritta l'indicazione - e, dunque, l'esercizio - di attività prevalente. Ciò significa che tali agenzie possono esercitare le attività di ricerca e selezione del personale e quelle di supporto alla ricollocazione professionale come attività di carattere secondario, anche affiancandole a qualsiasi altro tipo di attività prevalente.

Un discorso a parte va svolto, infine, per le agenzie di somministrazione specialistiche.

A queste ultime, diversamente da quanto prescritto alle generaliste, non è richiesto di distribuire l'attività su almeno quattro regioni, né di avere (ed indicare) come oggetto sociale prevalente l'attività di somministrazione.

La mancata previsione di entrambi i requisiti è stata oggetto di numerosi interrogativi e perplessità¹²⁵⁴.

In un primo momento è stata anche prospettata la possibilità che, malgrado l'assenza di qualsiasi riferimento alla prevalenza dell'attività nella parte della disposizione che fissa i requisiti specifici delle agenzie di somministrazione specialistiche (il comma 3° dell'art. 5), anche queste ultime

¹²⁵¹ Poiché la legge delega aveva fissato il principio della «eliminazione del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo» (art. 1, comma 2, lett. i, l. n. 30 del 2003), mentre il decreto delegato lo ha sostituito con quello dell'oggetto sociale prevalente, è stato prospettato, in proposito, il dubbio (MISCIONE M., *op. ult. cit.*, pp. 144-145) di un eccesso di delega. È, in ogni caso, verosimile che il vincolo dell'oggetto sociale prevalente sia stato introdotto soprattutto allo scopo di evitare che l'attività di intermediazione venga svolta da organizzazioni ideologiche (sp. sindacati): *Id.*, p. 146.

¹²⁵² Circ. Min. lav. 24.6.2004, punto 2.3. Per ulteriori approfondimenti relativi alla verifica dell'oggetto sociale prevalente v. RAUSEI P., *Agenzie per il lavoro*, cit., pp. X-XI.

¹²⁵³ V., in particolare, LASSANDARI A., *op. cit.*, pp. 127-128 il quale giustamente osservava come, in mancanza di indicazioni *ad hoc*, la prevalenza potesse essere diversamente misurata: considerando il fatturato reso, il personale impiegato, i locali, gli uffici, l'apparato logistico utilizzato, anche se l'A. propendeva, alla fine, per una considerazione privilegiata del dato relativo al fatturato.

¹²⁵⁴ Cfr. MISCIONE M., *op. ult. cit.*, p. 139; LASSANDARI A., *op. cit.*, pp. 127 e 130.

dovessero ritenersi vincolate all'esercizio - e alla indicazione - della somministrazione dei servizi specifici per i quali è chiesta autorizzazione, come attività prevalente¹²⁵⁵. La circolare ministeriale del 24.6.04, n. 25¹²⁵⁶ sembra, tuttavia, smentire tale interpretazione, poiché chiarisce che per le agenzie di tipo specialista la somministrazione «non dev'essere l'attività prevalente (...) e che può essere associata ad altre tipologie di attività».

Una delle conseguenze teoricamente più rilevanti della mancata previsione del requisito avrebbe dovuto essere quella di permettere «di fornire somministrazione, o *anche* somministrazione, alle imprese che prima fornivano solamente appalti» e che, pertanto, la distinzione tra appalto e somministrazione si sarebbe, di fatto, attenuata, perché le due attività possono essere svolte dalle stesse imprese, allo stesso tempo di appalto e di somministrazione («specialistica»)¹²⁵⁷. Sarebbe, così, potuto accadere che un'agenzia di tipo specialistico fornisse i medesimi servizi (per esempio, di consulenza e assistenza nel settore informatico, o di pulizia e custodia) mediante contratti di somministrazione o contratti di appalto. Tale conseguenza non si è, tuttavia, verificata poiché – come si è già notato – nessuna agenzia specialistica ha chiesto autorizzazione a svolgere somministrazione di specifiche attività.

Un ulteriore requisito è, infine, richiesto alle sole agenzie di somministrazione che assumono la forma di cooperative di produzione e lavoro: si tratta della necessaria presenza di almeno sessanta (per le generaliste) o venti (per le specialistiche) soci e tra di essi, come socio sovventore, di «almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, di cui agli articoli 11 e 12 della legge 31 gennaio 1992, n. 59, e successive modificazioni» (comma 2, lett. e; comma 3, lett. d)¹²⁵⁸.

3.2. I requisiti/obblighi delle agenzie di somministrazione. Sospensione e revoca dell'autorizzazione ex art. 7, D.M. 23.12.2003.

Per finire, va considerato il requisito previsto, per tutte le società di somministrazione (generaliste e specialistiche), dai comma 2, lett. d) e 3, lett. c). Si tratta, in realtà, di un requisito scomponibile in tre diversi obblighi i quali, come si è già anticipato, non funzionano come condizioni necessarie all'autorizzazione-iscrizione, poiché implicano, piuttosto, una verifica *ex post* dei comportamenti tenuti dalle agenzie in seguito al rilascio dell'autorizzazione.

Si tratta della «regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'articolo 12», del «regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali» e del «rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione applicabile».

¹²⁵⁵ Così secondo LASSANDARI A., *op. cit.*, p. 126; *contra* MISCIONE M., *op. cit.*, p. 139.

¹²⁵⁶ Punto 2.2.

¹²⁵⁷ Sempre MISCIONE M., *op. ult. cit.*, p. 140.

¹²⁵⁸ Anche quest'ultimo requisito riprende, con le variazioni numeriche imposte dalla creazione delle due tipologie di agenzie di somministrazione, quello già previsto dall'art. 2, comma 3, della l. n. 196 del 1997 (dal numero minimo di cinquanta soci, stabilito per le vecchie agenzie di lavoro temporaneo, si passa ai numeri di sessanta e venti soci, rispettivamente previsti per le agenzie generaliste e per quelle specialistiche). Su quest'ultimo requisito – e sui dubbi di legittimità costituzionale prospettabili in relazione all'obbligo di avere come socio sovventore almeno uno dei fondi mutualistici per la promozione della cooperazione di cui alla legge n. 59 del 1992 – ampie valutazioni, prevalentemente critiche, in TIRABOSCHI M., *op. cit.*, pp. 56-57.

L'ultimo degli obblighi indicati riprende, come si vede, una tecnica sperimentata dal legislatore del lavoro al fine di estendere l'ambito di efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune sin dai tempi dello Statuto dei lavoratori¹²⁵⁹: si attribuiscono alle imprese (o, come in questo caso, a determinate imprese) agevolazioni o benefici giuridici (qual'è, nell'ipotesi in esame, il mantenimento della autorizzazione), subordinatamente all'assolvimento dell'onere di applicazione a tutti dipendenti dei contratti collettivi, cioè dei trattamenti economici e normativi ivi previsti.

Il D.M. 23.12.2003 ha affidato la vigilanza relativa al rispetto di tali obblighi alla Direzione generale per l'impiego che può anche esercitarla attraverso i suoi organi periferici. Ha, inoltre espressamente stabilito che il mancato rispetto di tali obblighi è causa di revoca dell'autorizzazione e, dunque, di cancellazione dall'albo (D.M. 23.12.2003, art. 7). È stato previsto, in particolare, un potere di diffida nei confronti delle agenzie inadempienti, il cui esercizio dovrebbe consentire di sanare, nei termini minimi e massimi indicati dal D.M. (trenta e sessanta giorni), le riscontrate irregolarità.

Le disposizioni sulla sospensione e la revoca delle autorizzazioni – contenute nell'art. 7 del D.M. 23.12.2003 – non si prestano, tuttavia, ad interpretazione univoca. Di difficile lettura è, in particolare, il rapporto tra i due provvedimenti - di sospensione e revoca - previsti dal primo e dai commi successivi dell'art. 7 (secondo, terzo e quarto): non è chiaro se la revoca dell'autorizzazione sia possibile solo in caso di mancato rispetto dei requisiti/obblighi che si sono appena considerati (irregolare o mancata «contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'articolo 12», irregolare o mancato «versamento dei contributi previdenziali e assistenziali», nonché mancato «rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione applicabile») o se, al contrario, essa possa essere disposta anche al di fuori di tali casi. Non è chiaro neanche se di fronte alle violazioni dei requisiti/obblighi in questione, il Ministero *debba o possa* anche adottare il provvedimento di sospensione¹²⁶⁰.

È probabile – come è già stato opportunamente suggerito - che il procedimento sanzionatorio previsto dall'art. 7 del D.M. 23.12.2003 sia, in realtà, unico e «debba svilupparsi necessariamente attraverso le fasi della sospensione dell'autorizzazione, quella successiva della diffida a sanare le irregolarità accertate ed, infine, la fase (eventuale) della “revoca definitiva” e della cancellazione dall'albo»¹²⁶¹.

Una diversa lettura dell'art. 7 finirebbe, infatti, per produrre risultati inammissibili.

Se si ritenessero autonomamente e *separatamente* regolate la sospensione e la revoca, rispettivamente nel primo e nel secondo comma dell'art. 7, si finirebbe per considerare, da una parte, impossibile la revoca dell'autorizzazione nell'ipotesi generale (prevista dal primo comma) della inottemperanza degli «adempimenti previsti dal decreto legislativo, dalle norme ordinarie sul collocamento e dalla regolamentazione attuativa emanata dal ministero del lavoro e delle politiche sociali»; dall'altra non possibile la sospensione dell'autorizzazione nei casi in cui vengano riscontrate irregolarità relative ai requisiti/obblighi di cui ai commi 2, lett. d) e 3, lett. c) dell'art. 5 e

¹²⁵⁹ Art. 36, l. n. 300 del 1970.

¹²⁶⁰ Il dubbio è prospettato negli stessi termini da BONARDI O., *op. cit.*, p. 26.

¹²⁶¹ È quel che ritiene TULLINI P., *Articolo 4. Agenzie per il lavoro*, cit., pp. 96-97.

debba essere, pertanto, anche esercitato il potere di diffida di cui al comma terzo dell'art. 7 del D.M. 23.12.2003.

Più logico sembra, dunque, ritenere che sospensione e revoca debbano, in sequenza, essere disposte in tutti i casi di inottemperanza degli «adempimenti previsti dal decreto legislativo, dalle norme ordinarie sul collocamento e dalla regolamentazione attuativa emanata dal Ministero del lavoro»¹²⁶² e che si debba, dunque, procedere alla sospensione dell'autorizzazione anche nei casi in cui non vi sia stata ottemperanza, da parte delle agenzie di somministrazione, degli obblighi specifici richiamati dal comma 2 dell'art. 7 del D.M. 23.12.2003.

La verità è che la norma è estremamente ambigua e lacunosa; per quanto ci si sforzi di chiarirne gli effetti sui provvedimenti di revoca e di sospensione che la Direzione per l'impiego del Ministero è competente ad adottare nei confronti delle agenzie, il rapporto tra precetto e sanzioni previste dalla disposizione resta, comunque, poco chiaro. C'è da temere che l'ambigua formulazione dell'art. 7 finisca per avere, quanto meno, un rilevante effetto pratico: quello di lasciare "mano libera" alla Direzione generale per l'impiego e di mantenere, in capo a quest'ultima, notevoli margini di discrezionalità nell'esercizio dei poteri di revoca, di diffida e di sospensione delle autorizzazioni.

4. Art. 5 e D.M. 5.5.2004: norme statali "di dettaglio"? Profili di legittimità costituzionale.

Un diverso ordine di considerazioni attiene, infine, al carattere dettagliato della disposizione in commento e ai dubbi di legittimità costituzionale che, proprio in ragione di tale caratteristica, la riguardano.

Nel riprendere un'osservazione già anticipata nel commento all'art. 4, va evidenziato che (a norma dell'art. 6, comma 6) tutti i requisiti di cui all'art. 5 debbono sussistere anche ai fini del rilascio delle autorizzazioni regionali (l'unica eccezione, per ovvi motivi, è quella del requisito relativo alla distribuzione dell'attività su almeno quattro regioni) che – lo si ricorda – possono riguardare le sole attività di intermediazione, di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale.

Anche l'articolo in esame solleva, dunque, questioni di rilevanza costituzionale analoghe a quelle considerate nel commento alla disposizione precedente, ma, probabilmente, ancor più stringenti. Nell'art. 5 sono presenti, infatti, prescrizioni di estremo dettaglio che, in relazione a determinati requisiti (quelli sui locali delle agenzie e sulle «adeguate competenze professionali») e in ossequio a quanto previsto dal legislatore delegato, sono state ulteriormente specificate dal D.M. 5.5.2004. Il disegno normativo che ne è derivato – lungi dal poter essere considerato una semplice normativa-cornice – è, indubbiamente, un quadro di disposizioni di estremo dettaglio.

Sorgono, così, questioni di non poco conto, disaggregabili in una serie di interrogativi: le prescrizioni dell'art. 5 (ed eventualmente quelle consequenziali del D.M. 5.5.2004) sono compatibili con il riparto di competenze costituzionalmente stabilito (art. 117 Cost.) e sono, dunque, rispettose della potestà legislativa concorrente delle regioni in materia di «tutela e sicurezza del lavoro»? è

¹²⁶² Così, per fare alcuni esempi, anche nell'ipotesi in cui un'agenzia non tuteli la riservatezza dei lavoratori e non rispetti la normativa vigente in materia di trattamento dei dati personali (in violazione del requisito/obbligo previsto dall'art. 5, comma 1, lett. g), non adempia all'obbligo di interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro (in violazione del requisito/obbligo previsto dall'art. 5, comma 1, lett. f) o percepisca compensi in violazione del principio di gratuità di cui all'art. 11, d. lgs. n. 276 del 2003.

costituzionalmente legittimo il vincolo, gravante in capo alle regioni, di esercitare la potestà autorizzatoria “previo accertamento dei requisiti” giuridico-finanziari stabiliti dall’art. 5 e, come sembra consequenziale, di esercitare la stessa potestà legislativa in materia, nel rispetto delle norme statali richiamate? quale reale spazio normativo può residuare ai legislatori delle regioni che vogliano intervenire, con propri autonomi provvedimenti, nella disciplina dei regimi autorizzatori regionali?

A quest’ultimo proposito ci si è chiesti se, per esempio, le regioni possano emanare, in tema di autorizzazioni e relativi requisiti, norme di ulteriore dettaglio; se, seguendo loro discrezionali criteri, possano giungere ad un *inasprimento* delle condizioni giuridico-finanziarie necessarie al rilascio delle autorizzazioni regionali¹²⁶³. Ma, ci si potrebbe anche chiedere se - sul presupposto della illegittimità della normativa nazionale (in quanto normativa di dettaglio) o, magari, della sua cedevolezza¹²⁶⁴ - le regioni possano, invece, giungere ad un *alleggerimento* dei requisiti giuridico-finanziari prescritti dall’art. 5.

Per esemplificare: è possibile che le regioni aumentino, o diminuiscano, il capitale sociale minimo richiesto alle agenzie per lo svolgimento delle attività autorizzabili a livello regionale? che eliminino l’obbligo di interconnessione con la borsa? o che – per le agenzie di intermediazione – sopprimano l’obbligo di assumere la veste giuridica di società di capitali, di cooperativa o di consorzio di cooperative, consentendone la costituzione anche in forma di società di persone?

Interrogativi ulteriori potrebbero porsi con riguardo alle (ancor più dettagliate) disposizioni di natura regolamentare contenute nel D.M. 5.5.2004.: la legislazione regionale può modificare le norme sulle competenze professionali (ritenendo, per esempio, sufficienti titoli di studio o esperienze professionali diversi da quelli ivi previsti) o sui locali delle agenzie (eliminando, ad esempio, il requisito della necessaria accessibilità dei locali adibiti a sportello ai soggetti disabili?).

Si tratta, tutt’oggi, di questioni aperte dato che, sui profili di legittimità costituzionale relativi all’art. 5 la Consulta, con la sentenza n. 50 del 2005, ha omesso di pronunciarsi, dichiarando inammissibile l’impugnativa dell’articolo in commento per mancanza di sufficiente esplicitazione delle censure da parte dell’ente ricorrente¹²⁶⁵.

È accaduto, così, che su uno dei punti più delicati e controversi della riforma del mercato del lavoro – quello dei rapporti tra normativa nazionale in tema di autorizzazioni ed eventuali future normative regionali – non si sia avuta, come in altri ambiti, alcuna indicazione interpretativa da parte della Corte costituzionale.

¹²⁶³ Per una messa a punto dei problemi che la legislazione regionale sulle autorizzazioni potrebbe incontrare, specialmente in caso di inasprimento dei requisiti giuridico-finanziari richiesti per le autorizzazioni v. ANGIOLINI V., *op. cit.*, pp. 32-34.

¹²⁶⁴ L’espedito della cd. “cedevolezza” di molte delle norme statali appartenenti alla complessiva opera di riforma del mercato del lavoro messa a punto dalla legge n. 30 e dal d. lgs. n. 276 del 2003 dovrebbe servire, com’è noto, a restituire ai legislatori regionali gli spazi normativi negati dal legislatore nazionale attraverso l’emanazione, da parte di quest’ultimo, di norme di dettaglio. Nella dottrina giuslavorista, in questo senso, si vedano sp. CARINCI F., *Riforma costituzionale e diritto al lavoro*, ADL, 2003, p. 77 e FILI V., *Art. 1, commi 1 e 2, lett. A), B), C), D), E), F), G), H), I), L), Q)*, cit., p. 37. Il dibattito è recentemente ripreso da GRAGNOLI E., *Sub art. 3*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., pp. 85-86.

¹²⁶⁵ La illegittimità costituzionale della norma era stata denunciata dalla sola Provincia autonoma di Trento.

Una soluzione può essere, tuttavia, prospettata anche alla luce dei (sia pur deboli) riferimenti testuali ai “livelli essenziali delle prestazioni” presenti nell’art. 6, comma 8, che (in seguito alle innovazioni apportate dal decreto correttivo del 2004) dispone che «le procedure di autorizzazione di cui ai commi 6 e 7 sono disciplinate dalle regioni *nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi fondamentali desumibili in materia dal presente decreto*»¹²⁶⁶.

Benché la normativa nazionale sui requisiti giuridici e finanziari delle agenzie appaia, *ictu oculi*, estremamente dettagliata, è anche vero che la maggior parte delle sue disposizioni può essere ricondotta all’area della potestà legislativa statale inerente la determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» [art. 117, comma 2, lett. m), Cost.] e, probabilmente, anche a quella della «tutela della concorrenza» (ai sensi del medesimo art. 117, comma 2, lett. e) tra le diverse agenzie autorizzate dallo Stato e dalle regioni e, più in generale, tra i diversi operatori ammessi ad esercitare attività nel campo dell’incontro tra la domanda e l’offerta di lavoro¹²⁶⁷.

Un inasprimento (o un alleggerimento,) dei requisiti giuridico-finanziari delle agenzie - oltre che lesivo dei livelli essenziali delle prestazioni (concernenti il diritto al lavoro) necessari su tutto il territorio nazionale - costituirebbe, così, un indebito ostacolo all’attività delle agenzie, contrario ai principi della libera concorrenza - che lo Stato deve, invece, tutelare (ex art. 117) -, nonché al principio della libera circolazione della attività economiche di cui all’art. 120 Cost.¹²⁶⁸. Esso creerebbe, infatti, il rischio di una «rincorsa “al ribasso” fra sistemi territoriali diversi, alterando la corretta competizione tra gli operatori»¹²⁶⁹.

Si può veramente pensare – per riprendere alcuni degli esempi sopra riportati – che una singola regione, in relazione al proprio ambito territoriale, possa modificare l’entità del capitale sociale minimo richiesto per l’avvio delle attività delle agenzie, senza alcuna lesione dei principi della libera concorrenza? o che possa eliminare l’obbligo di interconnessione con la borsa, senza che, anche in questo caso, venga violato un livello essenziale di prestazione relativo al soddisfacimento del diritto al lavoro e al suo effettivo esercizio sull’intero territorio nazionale (artt. 4 e 120 Cost.¹²⁷⁰)?

Sembra, così, possibile ritenere che tutte le prescrizioni dell’art. 5 (come quelle, consequenziali,

¹²⁶⁶ C.vo nostro. Sul nuovo testo dell’art. 6, comma 8, del d. lgs. n. 276 del 2003 v., nel commento di LAMBERTUCCI P. all’art. 6, cit., i §§ 6-7.

¹²⁶⁷ Come già evidenziato nel testo, il nuovo comma ottavo dell’art. 6, un po’ più genericamente, stabilisce che le normative regionali in materia di autorizzazioni dovranno venire in essere «nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi fondamentali desumibili» dal d. lgs. n. 276 del 2003; esso non fa, dunque, riferimento alla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza (ma solo a quella in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) e, d’altra parte, attraverso il richiamo alla categoria dei principi fondamentali, non risolve il problema della compatibilità a Costituzione della normativa di dettaglio in materia di autorizzazioni e requisiti giuridico-finanziari delle agenzie. Più opportunamente, le norme contenute nell’art. 5 del d. lgs. n. 276 del 2003 possono, pertanto, qualificarsi oltre che come norme di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, anche come norme di tutela della concorrenza.

¹²⁶⁸ Così ANGIOLINI V., *op. cit.*, p. 34.

¹²⁶⁹ TULLINI P., *op. ult. cit.*, p. 87. Anche secondo SCAGLIARINI, *Mercato del lavoro: la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni, Guida al lavoro*, 2003, 4, «la previsione di requisiti più o meno severi sarebbe suscettibile di determinare una sorta di “gara al ribasso” tra le singole Regioni, con gravi rischi per l’effettiva garanzia del diritto al lavoro» (p. 15).

¹²⁷⁰ Tali norme costituzionali sono, non a caso, richiamate in apertura dell’art. 15 del d. lgs. n. 276 del 2003 contenente principi e criteri generali sulla borsa.

del D.M. 5.5.2004), pur essendo di dettaglio, siano, alla fine conformi al riparto di competenze costituzionalmente delineato, o perché riconducibili all'area della potestà legislativa esclusiva dello Stato in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative al diritto al lavoro o perché volte a tutelare la concorrenza tra i diversi operatori privati (ma anche pubblici) ammessi allo svolgimento delle diverse attività autorizzabili¹²⁷¹.

Preme, d'altra parte, rilevare che le prime normative regionali – ed in particolare quelle delle regioni Toscana e Marche – poco o nulla si discostano dalle norme nazionali sui requisiti giuridici e finanziari delle agenzie. La recente normativa toscana, che istituisce un albo regionale delle agenzie attive nel territorio della regione, non soltanto riproduce la norma nazionale sul rispetto dei requisiti giuridici e finanziari contemplati dall'art. 5 del d. lgs. n. 276 del 2003 - prevedendo espressamente che questi ultimi debbano essere verificati ai fini dell'iscrizione nell'albo della regione¹²⁷² - ma, pur avendo rinviato ad un regolamento regionale per la determinazione delle competenze professionali e dei requisiti dei locali delle agenzie, ha finito sostanzialmente per riprodurre, nel regolamento emanato all'indomani della legge regionale, i requisiti sui locali e le competenze professionali già fissati dal decreto nazionale¹²⁷³.

La produzione normativa regionale non sembra, così, recuperare spazi significativamente ampi rispetto alle disposizioni legislative e regolamentari nazionali riguardanti le autorizzazioni e i requisiti necessari al loro rilascio¹²⁷⁴.

Sembra che, con tutto ciò, i legislatori regionali aderiscano al disegno sistematico e teleologico dell'intero titolo II del decreto n. 276 del 2003; esso è tale da lasciare alle regioni e alla loro potestà normativa, piuttosto che l'area delle autorizzazioni, quella degli accreditamenti (ex art. 7) dei quali – come da più parti evidenziato - il d. lgs. n. 276 del 2003 lascia incerti tanto l'oggetto, quanto, in definitiva, gli stessi soggetti che ne possono essere destinatari (l'art. 7 fa riferimento ad "operatori pubblici e privati" che operano nei territori regionali)¹²⁷⁵. È in questa logica che l'art. 7, comma 2, demanda alle regioni il compito di disciplinare le forme della cooperazione tra i servizi pubblici e gli operatori privati autorizzati ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 4, 5 e 6 o

¹²⁷¹ Cfr. ALAIMO A., *op. cit.*, sp. pp. 258 e 260.

¹²⁷² Legge Regione Toscana 1.2.2005 (art. 5) e Reg. Regione Toscana 2.2.2005, n. 22/R, art. 125. Analogamente, sulla base del rinvio contenuto nell'art. 11 della legge Regione Marche 25.1.2005, n. 2, la giunta di questa regione ha recentemente approvato il Reg. Regione Marche 26.9.2005, n. 1115, nel cui art. 5 vengono espressamente richiamati i requisiti giuridici e finanziari di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 276 del 2003.

¹²⁷³ Sempre legge Regione Toscana 1.2.2005 (art. 5) e Reg. Regione Toscana 2.2.2005, n. 22/R (artt. 130,131,132).

¹²⁷⁴ Il sostanziale rispetto dei principi posti dal legislatore statale rende, pertanto, incomprensibile il ricorso presentato dal Governo nazionale contro la legge della Regione Toscana 1.2.2005 per i profili riguardanti, tra gli altri, l'istituzione dell'albo regionale, la comunicazione al Ministero dei soggetti autorizzati dalla regione (ai fini della iscrizione nelle apposite sezioni sub-regionali dell'albo nazionale) e la istituzione dell'elenco dei soggetti accreditati (ricorso n. 45, depositato in data 18.4.2005, visionabile nel *Bollettino Adapt - Centro studi "Marco Biagi"* n. 18 del 13 maggio 2005: <http://www.csmb.unimo.it/modules.php?name=News&file=article&sid=68>).

Secondo il ricorso, le disposizioni della legge regionale riguardanti tali aspetti violerebbero, infatti, i principi fondamentali dettati dal legislatore statale in materia di "tutela e sicurezza" del lavoro. Censure analoghe sono state rivolte contro la legge Regione Marche 25.1.2005, n. 2, pure impugnata dal Governo nazionale dinanzi alla Corte costituzionale (ricorso n. 46, depositato in data 15.4.2005, sempre visionabile nel *Bollettino Adapt*, cit.).

¹²⁷⁵ Cfr. il commento di LAMBERTUCCI P., cit. Ritene che il disegno del legislatore delegato sia stato quello di lasciare spazio alle regioni più che attraverso l'istituto della autorizzazione, tramite quello dell'accREDITAMENTO anche TORELLI F., *Servizi all'impiego pubblici e privati*, cit., sp. pp. 279-280.

accreditati ai sensi dello stesso articolo 7, per le “funzioni di incontro tra domanda e offerta di lavoro”, valorizzando, al massimo la dimensione infra-nazionale (i.e.: regionale) del raccordo pubblico-privato nella gestione dei servizi all’impiego. Ed è nella stessa logica che (mentre si riserva allo Stato la fissazione dei requisiti giuridico-finanziari necessari alle autorizzazioni) si demanda alle regioni il compito di individuare i “requisiti minimi” per l’iscrizione negli elenchi dei soggetti accreditati definendone, in particolare, “capacità gestionali e logistiche, competenze professionali, situazione economica, esperienze maturate nel contesto territoriale di riferimento” (art. 7, comma 2, lett. b)¹²⁷⁶.

Si tratta, a ben vedere, di uno spazio non indifferente, all’interno del quale spetterà alle regioni – e non sarà compito da poco – forgiare i concreti modelli di gestione mista dei servizi pubblici per l’impiego e, dunque, di *partnership* tra pubblico e privato (i.e.: tra i tradizionali soggetti pubblico-locali, le agenzie ed gli altri operatori pubblici e privati) rendendo tali modelli, attraverso normative - questa volta sì - differenziabili, il più possibile confacenti alle singole realtà dei mercati del lavoro regionali¹²⁷⁷.

¹²⁷⁶ In materia di accreditamenti sono, pertanto, già visibili le prime interessanti normative regionali: v. gli artt. 12 e 13 della legge della Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2 e l’art. 6 della già cit. legge della Regione Toscana 2 febbraio 2005 (nonché gli artt. 135 e ss. del successivo Regolamento del 2.2.2005, n. 22/R). Entrambe le leggi istituiscono l’elenco regionale dei soggetti pubblici e privati accreditati a svolgere “servizi al lavoro” nel territorio della regione, rinviando ai regolamenti regionali la disciplina dettagliata dell’elenco, della sua tenuta, delle modalità e delle procedure di iscrizione, della sospensione e della revoca dell’accreditamento, delle competenze professionali e dei locali richiesti per l’accreditamento. Significativamente, i criteri in base ai quali regioni e province possono affidare ai soggetti accreditati lo svolgimento di servizi al lavoro sono – in base all’art. 136 del Regolamento della regione Toscana del 2.2.2005, n. 22/R - quelli della economicità del ricorso al privato, di impedimento del servizio pubblico allo svolgimento dei servizi, di cooperazione, di integrazione e qualità (criteri analoghi sono previsti dall’art. 13 della legge della Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2).

¹²⁷⁷ Ciò anche conformemente ad una delle dieci priorità di azione degli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell’occupazione per il 2003 ed, in particolare, a quella di “affrontare le disparità regionali in materia di occupazione, sostenendo il potenziale locale in termini di creazione di posti di lavoro, compreso il settore della economia sociale, e incoraggiare il *partenariato tra tutti gli operatori interessati*” (c.vo nostro). Gli orientamenti del 2003 sono stati riproposti ed estesi ai nuovi Stati membri, nel 2004, dalla Decisione del Consiglio del 4 ottobre 2004 (2004/740/CE). Sui tre obiettivi strategici e le dieci priorità d’azione dei recenti orientamenti comunitari per l’occupazione cfr. BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2003, § 93.

Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*

Silvana Sciarra

I. Introduction: Within and Without the Open Method of Co-ordination: How to Establish a Language of Rights in Labour Law Reforms	550
II. Rights and Policies	552
III. Employment Policies and the 'Non-regression Clause' in the Directives on Fixed-term Work and Part-time Work	554
IV. Monitoring and Sanctioning in the European Employment Strategy	557
V. ...And in the Enforcement of Social Rights	559
VI. Concluding Remarks: The Relevance of the European Social Charter	561

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 36/2005

I. Introduction: Within and Without the Open Method of Co-ordination: How to Establish a Language of Rights in Labour Law Reforms

This chapter is focused principally on current developments in European social and employment policies. The intention is to consider the original character of EU legal approaches in these fields and to investigate whether, using the notion of fundamental labour rights, there can be a beneficial expansion of this notion by means of a broader circulation of international sources. 'Circulation' is a notion grounded on the necessary interrelation – and in some cases the interdependence – of sources generated within different legal systems. A 'pluralistic' point of view, not new in Western European legal traditions, reappears in current legal discourse. The main objective of this chapter is to capture developments occurring within national and supranational legal orders, and to interpret their possible outcomes in terms of new entitlements both for individuals and for groups.

The hypothesis on which this chapter is based is that the evolution of labour law at national level has been influenced by EU law, while maintaining its own dominant characteristics. This observation suggests that national diversities enrich the multi-cultural and multi-level legal environment in which law-making takes place. In the first phase of the so-called Lisbon strategy, national legislatures have been extremely active in furthering labour law reforms. Legislation adopted over the years has intervened significantly in the regulation of individual contracts of employment and, more broadly, has had an impact on the reform of national labour markets.¹²⁷⁸ If one bears in mind the original four pillars of the European employment strategy (EES),¹²⁷⁹ one soon realizes that there has been a convergence of national legislatures towards similar areas of intervention. A related argument is that national legislatures had a rather predictable canvas on which lines could be drawn and colours could be mixed.¹²⁸⁰

Even areas of labour law, such as working time, which was regulated by secondary legislation prior to the Lisbon strategy¹²⁸¹, have become part of a complex multi-level process of policy-making, whereby the protection of the right to health and safety at the place of work has been confronted by overall objectives such as the 'modernization' of national legal systems and of the European social model.¹²⁸² It can also be argued that a common concern, shared by all Member States, to decrease unemployment and increase employment would have brought them towards similar solutions in their national interpretations of the choices to be made and of the priorities to be set.

However, the fact that, from Lisbon onwards, following the Luxembourg process, there was a European strategy and that this was pursued actively and with renewed energy by both the Commission and the Council changed the nature of national responses and framed them within a

¹²⁷⁸ Reforms have been adopted, for example, in Spain, Italy, Denmark, Germany, Poland. Information available at www.eiro.eurofound.eu.int.

¹²⁷⁹ Employability, entrepreneurship, adaptability, equal opportunities.

¹²⁸⁰ For example reforms in Spain and Poland, available at: www.eiro.eurofound.eu.int. See also the General Report based on national country studies in 15 Member States: S. Sciarra, *The Evolution of Labour Law (1992-2003) General Report* (2004) at http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/generalreport_en.pdf.

¹²⁸¹ Council Directive 93/104 EC concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ 1993 L 307/18.

¹²⁸² A national case study is presented by Barnard, 'The EU Agenda for Regulating Labour Markets: Lessons from the UK in the Field of Working Time', in G. Bermann and K. Pistor (eds), *Law and Governance in an Enlarged Union* (2004) 177.

scheme which slowly acquired its own legal relevance. This point needs to be stressed in response to commentators trying to portray a negative image of soft law techniques. Such portrayals draw a very blurred picture of the duties and obligations of the actors involved in the Open Method of Co-ordination (OMC). In particular they point to the lack of sanctions against the failure to respond or the incomplete response of national governments. The notion of 'moral' sanction, familiar in international law when the dispute concerns variable interpretations of legal standards and different ways of enforcing them, does not seem strong enough. Neither does it appear convincing to the detractors of the OMC to take into account the delicate equilibrium on which national governments have to base their choices, bringing together constraints imposed by budgetary laws and the growing social expectations of citizens. Such a theoretical dispute on the role of soft law hides, in some cases, a deeper - and perhaps unconscious - fear that Europe is at the origin of all evils and disruptions in national labour law. Rather than falling into the banal category of euro-scepticism, this point of view paradoxically may express the aspirations of those who want more from Europe, and in a more tangible form. It is to such questions that labour law reforms have to refer, within or without the OMC.

I shall argue in favour of maintaining and strengthening the soft law regime in which the EES first flourished. I shall also submit that in such an open process labour law should rediscover a 'language of rights'. In this framework of analysis a comparison with sources external to the EU, such as the European Social Charter (ESC), becomes a way of expanding the understanding of an evolving notion of labour rights. The language of rights, therefore, is not self-referential nor limited to the European legal system. Labour standards have been influenced by legal discourses taking place in a broader international context. Similarly, the original discourse evolving within the boundaries of EU law has been listened to and absorbed by other international sources. An historical analysis of European social law and of its evolution confirms the feasibility of such a scheme and of the broader international sources to which reference must continue to be made. The suggestion is to frame Lisbon and the current post-Lisbon review in a line of continuity with previous steps in the consolidation of a European model of multi-level policy-making. This trend should find an interface in the most recent attempts to develop multi-level Constitution-making, and to do so by incorporating sources external to the EU, such as the ECHR.

In a number of European legal systems, in parallel with the vivacious discussion taking place at a supranational level on ways to bind the EU to the observance of international standards on fundamental rights, the ECHR has been viewed by individual Member States as a reliable source to acquire and include in domestic legal systems. This is the case with the Human Rights Act of 1998, which entered into force in the UK in 2000, and which aims at giving further effect to rights already enjoyed under the Convention. Denmark incorporated the ECHR into national law in 1997 and Finland did the same in 1990. In 1995 Finland also promoted a constitutional reform which led to the inclusion in the Constitution of a new chapter on fundamental rights, followed by a review in 2000. Sweden incorporated the ECHR into its national law by means of an Act of Parliament in 1994. Notwithstanding the fact that such a source is not constitutional, courts may not apply legislation which conflicts with the ECHR, since national legislation must comply with its

principles.¹²⁸³ It is neither repetitious nor irrelevant to note that national legal systems were not equally motivated to pay attention to the ESC. Even though the reason may be found in the rich heritage of national constitutional traditions in the field of social rights, the discrepancy between these two Council of Europe sources continues to be striking.

II. Rights and Policies

The interesting – and probably not accidental – combination of rights and policies in the most recent evolution of labour law at the European level is something to be considered before entering into a more detailed analysis of the OMC. Two framework Directives – the fixed-term work and the part-time work¹²⁸⁴ Directives – refer in their preambles to clause 7 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, providing for an improvement in working conditions by way of an ‘approximation of these conditions while the improvement is being maintained’. They also refer to the Essen European Council, where the notion of employment policies linked to a more flexible organization of work was first conceived. The fixed-term work Directive also takes into account the 1999 Council Resolution on Employment Guidelines, inviting the social partners to negotiate ‘flexible working arrangements’ with particular emphasis on the balance between flexibility and security. This is to say that both Directives, even before the official birth of the OMC at Lisbon, have been framed within employment policies, while reproducing the classical formula, compatible with the completion of the internal market, according to which approximation of legal standards is parallel to improvement.

Both Directives are built around the principle of non-discrimination ‘to improve the quality’ of work. The part-time work Directive at Article 5 specifies that, in order to remove discrimination against part-timers and to facilitate recourse to such contracts of employment, Member States shall ‘identify and review obstacles’ impeding the expansion of part-time work and try to eliminate them. The fixed-term work Directive at Article 5 has a slightly different approach and aims to introduce objective limits in the recourse to such contracts, so as to justify the renewal or the maximum number of renewals of successive contracts.

These measures are different, and so is the nature of the legal command addressed to Member States. Whereas the expression adopted in the part-time work Directive is such as to rely on national choices in a soft law mood, the fixed-term work Directive indicates clear legal requirements which have to be taken into consideration by national legislatures in transposing the Directive into domestic law.

It is important to underline that in both approaches, while pursuing the expansion of flexible contracts of employment, the quality of such contracts must be maintained and improved. If we correctly interpret the language of employment policies, we can translate into clear legal obligations the vague exhortation addressed to Member States to create ‘better jobs’ and – one could add in the official language of EU law – jobs governed by ‘improved’ and ‘approximated’ standards, so as

¹²⁸³ More detailed information on such developments in these Nordic countries can be found in N. Bruun and J. Malmberg, *The Evolution of Labour Law in Denmark, Finland and Sweden 1992-2003*, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ell_da_fi_sv.pdf.

¹²⁸⁴ Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on Fixed-term Work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, OJ 1999 L 175/43; Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on Part-time Work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, OJ 1998 L 14/9.

to enhance the efficient functioning of an integrated market. What is new, in comparison with the 'old' Article 117, now Article 136 TEC? Starting from this wide platform of social policies, partially strengthened, after Amsterdam, by the reference to the 1961 European Social Charter (ESC), harmonization emerged as the most efficient technique. The historical importance of legislation in social policies must be the object of some reconsideration in the current debate. Negative integration, the most unsettling and unwanted outcome of a closer Union, is not the result of obscure plans put in motion by European institutions, nor the result of an aggressive policy put forward by the ECJ. It is a dangerous symptom of a lack of social cohesion and of uncontrolled competition among social systems, owing to the absence of a minimum platform of rights.¹²⁸⁵

One could argue that significant achievements were reached when harmonization was the leading regulatory technique. The consolidation of the *acquis* in social policies - that on which we base and expand the interpretation of fundamental social rights - was brought about by the so-called 'structural' directives of the 1970s, by the extraordinary evolution of directives on equal treatment, and, later on, by directives on health and safety. Significant examples of secondary legislation expanding beyond social policies - such as the European Works Council Directive and the Posted Workers Directive - are now, not by chance, the object of interesting review by the Commission.¹²⁸⁶ Criticism addressed by scholars - including the present writer¹²⁸⁷ - against the 'minimalism' of that legislation meet now a worrying silence on the part of both the legislature and the social partners at the European level.¹²⁸⁸

These critical observations about the present, in the light of a reconsideration of the historical premises of social policies, lead us towards one specific point of the analysis to be developed. The OMC was born as an alternative to harmonization. Article 137(2) TEC, as amended at Nice, explicitly keeps harmonization out of the Council's options when dealing with social inclusion and modernization of social protection systems. When harmonization is kept out of the picture, soft law forces interpreters to become familiar with notions such as exchange of information on best practices and mutual learning. Even such language - nebulous and a-technical as it is in the eyes of black-letter lawyers - represents a step forward, when compared with expressions previously adopted in the TEC, such as 'encouragement' and 'promotion'.¹²⁸⁹

The real novelty in the most current debate on rights and policies must be found in a rising awareness of how to avoid the soft law regime in which policies on employment and on social inclusion are flourishing and affecting the structure of rights on which those policies were built and from

¹²⁸⁵ Poiares Maduro, 'Europe's Social Self: "The Sickness unto Death"', in J. Shaw (ed), *Social Law and Policy in an Evolving European Union* (2000) 329.

¹²⁸⁶ See: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/apr/ewc_en.html.

¹²⁸⁷ Sciarra, 'Social Values and the Multiple Sources of European Social Law', 1 *ELJ* (1995) 60.

¹²⁸⁸ For example, the Proposal for a Directive on temporary workers encountered significant difficulties which led to the submission of an amended proposal for a directive. Compare the original document, COM(2002)149 of 20 March 2002, with the amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Working Conditions for Temporary Workers, COM(2002) 701 final of 28 November 2002.

¹²⁸⁹ 'The Community and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter signed at Turin on 18 October 1961 and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained...', Article 136 TEC.

which they historically originate. Even this novelty is not an historical accident. The strict correlation between rights and policies has been sought and pursued by those who believed in reforming the Treaties, and in doing so by expanding both the 'objectives' of the EU and the reference to external international sources.¹²⁹⁰

We should inquire into why interpreters are alarmed – now more than in the past – by a possible interruption of this slow, and yet significant, interchange between rights and policies. The 'shift' from social policy to employment policy,¹²⁹¹ which took place in a more visible fashion after the launch of the OMC, can, in fact, be perceived as a threatening sign or, even worse, as an obscure and malicious plan of institutional actors. I shall attempt to answer this inquiry by looking at some specific examples arising out of the transposition of the two previously mentioned Directives. I shall then analyse how the lack of traditional sanctions in the OMC soft law regime has been counterbalanced by monitoring mechanisms and how this can be beneficial for the strengthening of fundamental social rights.

III. Employment Policies and the 'Non-regression Clause' in the Directives on Fixed-term Work and Part-time Work

These two Directives have been chosen as examples, in order to verify the feasibility of a combination of rights and policies. The result is unique: hard law forces Member States to comply, but soft law implications are such – particularly in the part-time work Directive – as to leave legislatures ample room for manoeuvre.

The right not to be discriminated against may be linked to specific compliance mechanisms; obligations generated by soft policies may deviate from legal principles showing a dominant need to comply with non-legal targets, such as an increased flexibility in employment contracts. The scenario is such as to create a trade-off between levels of protection and promotion of employment. Let us look at some specific cases, bearing in mind that in most European countries legislation adopted in both fields provoked adaptations of previous legislation. In civil law countries this also meant amending clauses and regulations in civil or labour codes.

The excessive increase of fixed-term contracts in Spain,¹²⁹² saluted as one relevant feature of the new dynamic labour market enhanced by the Conservative government's reforms, had to be counterbalanced by disincentives to enter into such contracts. Collective agreements were chosen as the right sources in which to specify the objective reasons for employing such contracts. In Portugal, too, in the new 2003 Labour Code, the attitude is not in favour of fixed-term contracts.¹²⁹³ In Italy, on the contrary, in the transposition of the Directive – one of the first

¹²⁹⁰ See De Witte's paper in this volume and De Witte, 'The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights', in P. Alston, with M. Bustelo, J. Heenan (eds), *The EU and Human Rights* (1999) 859-898.

¹²⁹¹ Ashiagbor, 'EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From 'Social Policy' to 'Employment Policy'', 7 *ELJ* (2001) 311; Regent, 'The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?', 9 *ELJ* (2003) 190.

¹²⁹² Nearly a third of Spanish employees are on temporary contracts, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2004/09/feature/es0409104f.html>. See the comments by F. Valdés Dal-Ré, 'Recenti riforme del diritto del lavoro in Spagna', *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (2005, forthcoming).

¹²⁹³ On new developments in the Portuguese Labour Code see:

manifestations of the centre-right administration in the labour law field – the recourse to such contracts has been widened, so as to raise the suspicion that the way in which ‘technical, productive organisational and substitutive reasons’ has been interpreted may far transcend the purpose of the Directive.¹²⁹⁴ In this last example the most debatable innovation consisted in abandoning the previous legal technique – implying a legal definition of cases in which fixed-term contracts were allowed – in favour of a wide formula leaving ample space on this issue to the parties to individual contracts of employment. One of the limits set by the Directive at clause 3 of the annexed framework agreement – namely the existence of ‘objective conditions’ for entering the fixed-term contract – is therefore left to the individual parties entering into a contract of employment. This is a reference to a critical interpretation of the non-regression clause, in which comparisons among standards of protection are left to the courts. The non-binding nature of the European Council’s guidelines on employment policies within the equally non-binding EES can, however, imply that courts frame their interpretation of legislation within this context. While letting hard law prevail over soft law, they may introduce a value judgement on the balance between flexibility and security. In Germany, in an attempt to favour workers over the age of 52 at risk of losing their jobs, no objective reasons are required for entering fixed-term contracts. The 2003 reform introducing this amendment could be challenged on the ground of age discrimination.¹²⁹⁵ This is yet another reference to the potential tensions arising from labour market reforms, all having to do with varying – at times conflicting – interpretations of individual fundamental rights. In the UK the apparent compliance with the Directive in indicating a maximum number of years when stipulating subsequent contracts may be overcome by Article 8 (5) of the Regulation, allowing the removal of this limit in collective or workforce agreements.¹²⁹⁶ A lot would need to be said in this regard on the scope of such agreements and on how legislation connected to employment policies forces a hierarchy among legal and voluntary sources, allowing the latter ample room for manoeuvre, even when their effect is to lower legal standards.

Such complex interpretations of national legislatures’ choices, involving multiple sources and multiple levels of enforceability, are framed within evolving patterns of employment guidelines and of subsequent responses in national policies. The 2004 Employment Guidelines, more focused on ‘effective implementation of reforms through governance’, recommend in some cases – France is one example – the facilitation of the transition from fixed-term to open-ended contracts.¹²⁹⁷ Once more, the political willingness of all actors involved in the process strikes a balance in favour of a successful Open Method, based on totally unpredictable variables.

Other examples can be selected, when looking at the transposition of the part-time work Directive. The range of solutions adopted is wide. We move from the Dutch approach – we all recall the emphasis placed on the ‘miracle’ which occurred in that country in the 1990s¹²⁹⁸ – where the

<http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/05/inbrief/pt0305101n.html>. Additionally, on the basis of order No. 255/2002 of 12 March 2002 there are financial incentives for employers who convert a fixed-term contract, on expiry, into an open-ended contract. See: <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2002/05/feature/pt0205102f.html>

¹²⁹⁴ Decree 368 of 6 Sept. 2001, transposing European Directive 99/70 and comments in S. Sciarra, *The Evolution of Labour Law (1992-2003) Report on Italy*, at http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ell_italy.pdf.

¹²⁹⁵ Skidmore, ‘The European Employment Strategy and Labour Law: A German Case-study’, 29 *ELR* (2004) 52.

¹²⁹⁶ Kilpatrick, ‘Has New Labour Reconfigured Employment Legislation?’, 32 *ILJ* (2003) 135.

¹²⁹⁷ Proposal for 2004 Employment Guidelines, COM(2004) 239 final, of 7 Apr. 2004, at 16.

¹²⁹⁸ J. Visser and A. Hemerijck, *A Dutch Miracle. Job Growth, Welfare Reform and Corporatism in the Netherlands* (1997).

intent is to favour voluntary part-time employment, to the Italian recent reform, which moves in a completely opposite direction. In 2003 the Italian legislature, amending legislation previously enacted for the transposition of the Directive, introduced very flexible clauses - described as 'elastic clauses' - whereby individual workers, even in the absence of collective agreements, may give their consent to the employer's request. Overtime, too, can be agreed upon at an individual level. The Italian example shows very clearly that the interpretation of Article 5 of the Directive, namely the removal by the state of obstacles impeding the expansion of part-time work, can raise serious doubts about the lower standards guaranteed to individual workers. The notion of what should be described as compliance on the part of Member States, when soft law policies are intertwined with the enforcement of fundamental rights, needs to be investigated further.

A very controversial provision, present in both Directives under discussion, is the so-called non-regression clause, according to which implementation of the Directives 'should not constitute valid ground for reducing the general level of protection afforded to workers'. This clause may give rise to opposing views. It may appear that EU law interferes with the choices of national legislatures, setting a platform of rights which is not to be lowered. This would not, however, represent an impediment to national parliaments in legislating. They should remain sovereign and free to intervene, even amending previous legislation in accordance with their own standards of what a 'valid ground' is.

The fundamental right not to be discriminated against, the inspiring principle in both Directives, finds itself at the crossroads of opposing policies. It is not as easy as it may appear to argue that measures attempting to treat part-time and fixed-term workers in a disparate way, lowering pre-existing individual and collective guarantees, should be considered illegal. The notion of lower standards itself is at stake, when it falls between other measures adopted by national legislatures to remove obstacles to the introduction of more flexible working conditions.

It remains to be seen how national courts will be able to refer cases to the ECJ, specifying how non-compliance of national law with EU law occurs by reason of the violation of a fundamental right. The principle of equal treatment among comparable workers, a powerful binding principle for national judges, must therefore include the evaluation of the objective criteria according to which fixed-term workers entered into their contracts. Similarly, the violation of the fundamental right not to be discriminated against may be grounded in national legislation lacking measures 'to prevent abuse' in the excessive use of successive fixed-term contracts, as is stated in clause 1 of the framework agreement.

It can be argued that, for those who are entitled to the fundamental right in question, the organizational rules observed at the place of work represent the precondition for access to the right itself. Managerial discretion – as in the case of non-objective reasons leading to fixed-term contracts – should be held to be contrary to the principle of equal treatment. It is hard - but not impossible - to maintain that such an interpretation of a fundamental right could even open the way to a preliminary ruling procedure. As for part-time work, the non-regression clause is followed by a caveat indicating that Member States and social partners, 'in the light of changing circumstances', should not see their 'right' to adopt different provisions circumscribed. This truism, which confirms Member States' sovereign legislative powers, finds a limit in the principle of non-discrimination between comparable full-time workers. If nothing else, this confirms the role of fundamental rights not only as a binding guideline for national legislatures, but also as a limit to all deregulatory policies which may imperil the full enforceability of the principle itself. The

difficult comparison among legal standards and the equally difficult evaluation of what less favourable treatment may be must be left to national judges, steeped as they are in the historical and interpretative context of the overall system of individual and collective guarantees in each legal system.

A first conclusion to be drawn after looking at these selected examples is that a-technical notions such as flexibility or modernization, widely adopted in the language and in the practice of European soft law, do not provide a serious guide for the interpreter, whereas fundamental rights and principles do. At the present stage of European integration through law a virtuous combination of soft policies and hard law implementation mechanisms seems a valuable solution. It may lead us towards a fundamental rights strategy, capable of feeding and strengthening the employment strategy.

IV. Monitoring and Sanctioning in the European Employment Strategy

In the absence of traditional sanctions to be imposed on Member States involved in the European Employment Strategy, there was a need to attract them into an open co-ordination scheme, thus urging them towards the achievement of common targets. The peer review mechanism, an important requirement within the process of co-operation among Member States enhanced by the EC, cannot be described as a traditional sanction. In the evaluation of National Action Plans (NAPs) the Council wields its institutional powers in its capacity as 'soft regulator'. The lack of specific indicators in employment policies – unlike those applied to social inclusion policies within the OMC¹²⁹⁹ proved that the analysis of legislation in the process of being enacted or simply announced by national governments as part of their political agendas, had to be based on changing parameters. Similarly, the impetus that the Council wanted to give to change existing laws was not inspired by strictly legal criteria and has been abandoned. Since 'open' meant that the method had to respect states' prerogatives and competence, the co-ordination could be no more than a mere indication of possible common directions to follow, and not of how to follow them. Consequently, unlike in the co-ordination of macro-economic policies, no real warnings or sanctions could be issued against Member States. The request put forward at the Nice Council was to arrange a mid-term review of the Luxembourg process, which began at Lisbon, and to investigate even further into the actual impact of the OMC on national performances. The Nice Social Agenda¹³⁰⁰ pursued 'quality in work' as an important objective, and so did the Employment Committee, working on quality indicators.¹³⁰¹

All this activism inside European institutions and other relevant bodies prepared the ground for a series of country studies. They disclosed, in some cases, that interesting changes were taking place inside national administrations in order to comply with the OMC.¹³⁰² Member States took

¹²⁹⁹ Social Protection Committee, *Report on Indicators in the Field of Poverty and Social Exclusion*, October 2001, available at: http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/soc-incl/indicator_en.htm. Comments in M. Ferrera, M. Matsaganis, S. Sacchi, 'Open Coordination against Poverty: The New EU "Social Inclusion Process"', *Journal of European Social Policy* 12 (2002) 227.

¹³⁰⁰ Presidency Conclusions, Nice European Council Meeting 7, 8 and 9 December 2000, Annex I, European Social Agenda, para. 26.

¹³⁰¹ Report by the Employment Committee, Indicators of Quality in Work, 23 Nov. 2001.

¹³⁰² Impact evaluation of the European Employment Strategy, http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/impact_en.htm

seriously their duty to comply with soft policies, at least in building up their own internal infrastructures and in promoting adaptations of domestic deliberative procedures. In this exercise one can find traces of significant self-criticism by the Commission, which has developed in several Communications into possible ways to improve the means and – mostly importantly - to reach the objective of a 'high level of employment'.¹³⁰³ A practice of monitoring, applied to employment policies, is yet another way of governing complex processes of change by learning and by adapting to such complexity. The Commission does not make light of the difficulties of guaranteeing a transition between different forms of work, nor can it deny that the two worlds of standard and non-standard contracts may end up mirroring two separate labour markets.¹³⁰⁴

Labour law remains central to all adjustment and change, and so does anti-discrimination law. However, through the analysis of soft law documents produced in the realm of the OMC, labour lawyers perceive a distinct shift in the adoption of regulatory techniques. Rather than pursuing outcomes – as in directives – the aim is to promote 'processes and methods'.¹³⁰⁵ This change of perspective is not without worries, even when it is contextualized and made functional to specific – possibly temporary – needs of the supranational legal order and to its re-organization of political priorities. To quote another example, a close examination of the employment strategy related to EU anti-racism policy and to the implementation of the Race Directive gives rise to criticism, in as much as it shows that there are points of divergence, despite the apparently common objective of combating discrimination by way of including the excluded in the labour market.¹³⁰⁶

I want to describe as 'co-ordinated reformism' the combination of soft promotion of national responses and hard implementation of fundamental rights. In this interchange of regulations, external and objective expertise is required in order to strengthen a criticism which cannot otherwise be translated into sanctions.¹³⁰⁷ A recent product of this course of action is the report produced by the Employment Taskforce chaired by Wim Kok.¹³⁰⁸ The already mentioned 2004 Employment guidelines were inspired by this Report and referred to it when revitalizing the European strategy and calling on Member States to make a renewed common effort. This is a confirmation of the fact that the OMC uses monitoring in place of sanctioning. Within the employment strategy the adjective 'open' seems to dominate the noun 'method' and consequently transform the final outcome into a looser co-ordination. The acknowledgement of diversities - among national legal systems as well as among regulatory techniques inside each national system – may

¹³⁰³ Communication from the Commission, *Strengthening the Implementation of the European Employment Strategy*, COM(2004)239 final, 7 Apr. 2004.

¹³⁰⁴ Communication from the Commission, *The Future of the European Employment Strategy. A Strategy for Full Employment and Better Jobs for All*, COM(2003) 6 final, 14 Jan. 2003, at 14.

¹³⁰⁵ Ashiagbor, 'The European Employment Strategy and the Regulation of Part-time Work', in S. Sciarra, P. Davies, and M. Freedland (eds), *Employment Policies and the Regulation of Part-time Work in the European Union* (2004) 37. See also Regent, *supra* n. 14.

¹³⁰⁶ Bell, 'Combating Racial Discrimination Through the European Employment Strategy', 6 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2004) 55.

¹³⁰⁷ I have analysed the role of expertise in the elaboration of social inclusion policies and found that it has a significant impact on setting the agenda of the Commission. See Sciarra, 'The 'Making' of EU Labour Law and the 'Future' of Labour Lawyers', in C. Barnard, S. Deakin, and G. Morris (eds), *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC* (2004), 201.

¹³⁰⁸ European Commission, *Jobs, Jobs, Jobs, Report of the Employment Taskforce chaired by W. Kok*, November 2003, at http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/pdf/etf_en.pdf.

seem to contradict the obligation to co-ordinate. Such an obligation, referred to by both the Commission and the Council, appears now – almost paradoxically – to be expanded and in a sense complicated by the appearance of the OMC in other fields, in particular in the co-ordination of social inclusion policies. The links between the latter and employment policies make them complementary to each other in several cases.

In this unsettled scenario the 'constitutionalization' of the OMC in part I of the Treaty establishing a Constitution¹³⁰⁹ may make it a victim of its own success. The OMC will be symbolically visible as a constitutional provision, and yet remain a method, as such unenforceable and non-binding. Its acquired relevance in the Treaty will, perhaps, impose on EU institutions - the Commission and the Council, but not the ECJ – the obligation to search for more precise and normative monitoring mechanisms. It is therefore of some importance to suggest that this innovation in Part I should be closely linked with the new opening Articles in Part III. Bringing about mainstreaming as an alternative technique to traditional sanctions, the opening Articles of Part III may indicate a new path to national courts. The 'aim' to eliminate inequalities and to promote equality between women and men, as in Article III-116, is common to all activities referred to in Part III. Mainstreaming also applies to employment, social protection, and social inclusion policies, as well as to education, training, and the protection of health (Article III-117). A broad anti-discrimination clause is provided in Article III-118, while the three following Articles deal with environmental and consumer protection and with animal welfare. The inclusion of mainstreaming Articles in the Treaty, like the constitutionalization of the OMC, appears to be a confirmation of existing practices. The EU Race Directive¹³¹⁰ and the related anti-racism policy are linked and connected with other measures and actions by reason of a mainstreaming principle.¹³¹¹ Gender mainstreaming has also been adopted in European social policies¹³¹²

If we connect the OMC with a close observation of mechanisms of integration through hard law, we can see new perspectives ahead, despite the apparent institutional weakness of social and employment policies. Enforcement could become a widespread technique and the object of monitoring through independent bodies. It is for this reason that another process, parallel to that described so far, becomes relevant for the present analysis.

V. ...And in the Enforcement of Social Rights

The Charter of Fundamental Rights approved at Nice opened a wide-ranging and unprecedented discussion among lawyers and created a beneficial interchange among different disciplinary approaches. Social rights included in the Charter are another sign of a slow and yet continuous progression, allowing social and employment policies to emerge and gain autonomy from other policies. We need to investigate how monitoring the enforcement of social rights and sanctioning

¹³⁰⁹ Treaty Establishing a Constitution for Europe, OJ 2004 C 310/1, Article I-15.

¹³¹⁰ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, OJ 2000 L 180/22.

¹³¹¹ Bell, *supra* n. 29. See also J. Shaw, *Mainstreaming Equality in European Union Law and Policymaking* (2004), in particular at 22ff.

¹³¹² Mückenberger, 'Gender Mainstreaming', in U. Mückenberger, *Manifesto Social Europe* (2001) 269. See also Bell, 'Equality and the European Union Constitution', *ILJ* 2004, at 252, indicating that: 'Aside from anti-discrimination legislation, the mainstreaming concept is a parallel attempt to secure equality through means other than litigation'.

Member States when they do not respect them can contribute to strengthening soft law regimes under the OMC.

A group of independent experts, chaired by O. De Schutter, is currently experimenting with a widespread monitoring of fundamental rights in EU Member States.¹³¹³ Both the methodological and the theoretical implications of this sophisticated exercise are very relevant in the field of social and labour law, particularly when it comes to establishing criteria of comparability among labour standards in the enforcement of employment policies. While adopting fundamental rights as parameters in the implementation of the OMC, the independent experts are looking for ways of strengthening the weak basis of soft law machinery. 'Guiding policies in a more systematic manner in such a way that they are drawn up to take into account the objective of implementing fundamental rights'¹³¹⁴ is what the experts aim at. In the future this whole process could beneficially be monitored by an independent agency.¹³¹⁵ This rich collection of data could bring about a circular, self-reproducing, perfect harmony between rights and policies.

The point to be emphasized is that 'mutual evaluation' and 'collective learning' should be based on objective criteria and on comparable standards of implementation. This would subtract evaluation – so far the only available sanction – from the climate of political negotiation which seems to characterize the OMC. One cannot ignore that soft law procedures in the co-ordination of employment policies are thought of as functional to the Council's broad economic guidelines, thus permitting mutual learning among national governments in a limited and restricted area whose borders are defined by EU macro-economic priorities. The starting assumption is that the OMC – as previously stated – is a regulatory technique alternative to harmonization. This does not imply that the market has already reached an ultimate level of integration. It can be argued, in fact, that a final and conclusive period of market integration is almost incompatible with the unique nature of the EU, characterized by the fact that integration at all levels is a permanently open process. Positive integration appears to be the only elective way of avoiding distortions of competition in a changing legal environment, when fundamental rights are at stake.

I suggest that the OMC, by insinuating flexible measures into the regulation of employment contracts, may create a potentially less stable environment for the guarantee of fundamental rights. I therefore submit that the OMC should be driven by policies which gradually implement a minimum level of rights, in order to establish minimum guarantees for individuals. Fundamental rights of the last generation, such as the right to training, follow individuals throughout their working

¹³¹³ E.U. Network of Independent Experts in Fundamental Rights (CFR-CDF) *Report on the Situation of Fundamental Rights in the European Union and its Member States in 2002* (2003) at http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/rights/network/rapport_2002_en.pdf and E.U. Network of Independent Experts in Fundamental Rights (CFR-CDF) *Report on the Situation of Fundamental Rights in the European Union in 2003* (January 2004), at http://www.fd.uc.pt/hrc/network/report_2003.pdf.

¹³¹⁴ Section 5 in the Introduction to the *Report for 2002*, *ibid.*, at 25.

¹³¹⁵ See now the Communication from the Commission, The Fundamental Rights Agency. Public Consultation Document, COM(2004) 693 final, 25 October 2004. See also the recent proposal put forward by President Barroso for 'locking in' a culture of fundamental rights in EU legislation. The idea is to screen systematically all Commission legislative proposals for compatibility with the Charter of Fundamental Rights and favour 'impact assessment' of the impact of legislation on individual rights. See European Commission Presse release, Brussels 27 April 2005 at www.europa.eu.int/rapid/pressReleaseAction.do. Compare also the critical analysis of A. Andronico e A. Lo Faro, *Defining Problems: Open Method of coordination, Fundamental Rights and Governance*, in O. De Schutter and S. Deakin, *Social Rights and Market Forces: Is the Open Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Brussels, Bruylant 2004(?) or 2005?? Their auspice is that fundamental rights be expanded as procedural rights within OMC, rather than leaving to such a 'method' the function to protect them.

lives and have become increasingly relevant in allowing transition from one occupation to another one. They should, therefore, be constructed and implemented as rights detached from employment contracts and attached to working and career paths of a flexible nature. The right to the protection of personal data – to take another relevant example - can be enforced differently in different phases of the working life and should follow the individual, rather than the contract of employment. The right to the reconciliation of family and working life can also have a different impact in different cycles of the individual's professional development and become an essential link to the fulfilment of other fundamental human rights. Even the right of access to employment services should be thought of as a fundamental right responding to the different needs of individuals in different phases of their working lives.

Within the framework of the OMC we can re-think a traditional distinction between fundamental freedoms and fundamental rights of a procedural nature, the latter being dependant for their full enforcement on the state's active intervention. Drawing on this distinction it is possible to see how fundamental freedoms – positive and negative freedoms of association – rather than being constructed, as happens under most European national constitutions, as preconditions for the exercise of other rights, are in reality inaccessible to marginal workers and to the socially excluded. In the new, vast universe of precarious and flexible workers an historical paradox can be presented as a theoretical framework in which to develop a practice of fundamental rights. Procedural rights, such as the right to training, the right to re-conciliation of work and family life, and the right of access to employment services, may gradually become instrumental to the progressive emancipation of precarious and economically dependant workers. When such fundamental rights are fully granted by active state intervention, even access to fundamental freedoms may become enforceable in practice. What we are witnessing at the moment in most countries is the inability of traditional social partners to represent in traditional ways the most marginal and precarious groups within the labour force and the newly emerged economic actors, such as employment and temporary work agencies.

VI. Concluding Remarks: The Relevance of the European Social Charter

One of the most positive remarks made by commentators on the Nice Charter has to do with the fact that all fundamental rights are assembled in a single document, thus overcoming the segregation of social rights in a different source document, as in the Council of Europe's European Social Charter. The latter has, however, been an interesting point of comparison and inspiration, both for the monitoring exercised by independent experts and for the Collective Complaints Protocol, which was added in 1995 and entered into force in 1998.¹³¹⁶ The original system of monitoring and sanctioning enforced under the ESC has always been praised by European labour lawyers, including among them leading figures who served on the Committee as independent experts.¹³¹⁷ In the academic discussion preceding the 1996 IGC, an independent evaluation of the enforcement of social rights – as opposed to rights justiciable in courts - was advocated by a group

¹³¹⁶ Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, European Treaty Series - No. 158.

¹³¹⁷ Kahn-Freund, 'The European Social Charter', in F. G. Jacobs (ed), *European Law and the Individual* (1976) 10ff.

of labour lawyers.¹³¹⁸ That reference was intended to pave the way for innovative solutions within the European debate on fundamental rights, with an emphasis on so-called collective social rights, some of which were – and still are – explicitly left out of EU competence.¹³¹⁹ That debate also yielded arguments in favour of a clearer visibility of the ESC among the external sources referred to in European Treaties. The latter suggestion was partially followed up in subsequent reforms of the Treaties and even in the drafting of the Constitution,¹³²⁰ but the impact of this source remains inadequate.

The current discussion, in view of the ratification of the Treaty establishing a Constitution, seems to go into different directions, when accession to the ECHR – not to the ESC – is envisaged. Social rights are still at the crossroads of differing interpretations especially because of the unclear distinction between principles and rights inserted into the final clauses of the Charter, now inserted in Part. II of the Constitution. Meanwhile, several links can be established in EU law between social rights and employment policies. A number of possible future expansive interpretations are possible to imagine. Article 125 TEC describes the employment strategy, specifying that it is 'particularly for promoting a skilled, trained and adaptable workforce'. Legal measures adopted to enhance flexibility, thus improving employment figures, should not lead to degrading working conditions or to diminished guarantees. One could argue that the fundamental right to dignity, much emphasized in the structure of the Nice Charter, is infringed when no fair balance can be established between management prerogatives and workers' compliance with them. Jobs 'on call' or extreme forms of part-time work may be taken as examples. In such employment contracts there is often disproportionate discretion left to the employer, both in the working time arrangements and more generally in establishing working conditions. In all such cases there may be an instrumental reference to the supremacy of EU law and EU targets. Choices of national legislatures that do not respect fundamental social rights may not be justified as a necessary compliance with the Council's guidelines issued under the OMC.

Furthermore, recourse to descriptive and non-legal terms such as 'modernization' does not justify the adoption of legal measures which infringe fundamental rights. Specific social indicators must correspond to such broad definitions of political programmes, so that the evaluation of national responses to the OMC remains based in a well grounded measurement of social change. The issue of comparability must, once more, be recalled as a necessary starting point in all attempts to learn from one another. It can be argued that monitoring and reporting, especially when such actions are carried out by truly independent bodies, can be a way to alert national actors – be they individuals or groups – to pursue litigation before national courts. These are cases in which fundamental social rights can be interpreted by national courts as minimum levels of guarantees not to be waived nor reduced. Fundamental social rights can also be sources of inspiration for national legislatures, even though no duty to legislate can be envisaged. In fields in which secondary

¹³¹⁸ R. Blanpain, B. Hepple, S. Sciarra, and M. Weiss, *Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union* (1996).

¹³¹⁹ The right to organize and the right to strike and lock out are excluded from EU competence (Art. 137(5) TEC). Criticism of the notion of 'collective' social rights is voiced by T. Novitz, 'Are Social Rights Necessarily Collective Rights? – A Critical Analysis of the Collective Complaints Protocol to the European Social Charter', *EHRLR* (2002) 50.

¹³²⁰ References are in Sciarra, 'La constitutionnalisation de l'Europe sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law', in O. De Schutter and P. Nihoul (eds), *Une constitution pour l'Europe. Reflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne* (2004).

law is already enforceable, further improvements of existing standards could become a strategy for mutual learning. A good example is the reconciliation of family and working life, a field in which numerous links with employment policies can be discerned.

Circulation of international standards, an idea proposed in the opening of this chapter, is one way to enhance further developments in the language of rights. However, one cannot deny that the collective complaints procedure, the most challenging novelty in the apparatus of ESC sanctions, in the field of labour rights, has not yet fulfilled its full potential, due also to a lack of activity on the part of the European social partners.¹³²¹ The list of organizations listed in Article 1 of the Additional Protocol may also need re-thinking, if one had to take into account groups of non-standard workers and other categories of economically dependent workers, or other groups at risk of being discriminated against on all grounds provided for by EU law. I have tried to indicate how raising awareness of the respect for fundamental social rights may also result in interventions of national courts, by way of preliminary ruling procedures.

Moreover, the originality of regulatory techniques in the EU, as indicated in the description of OMC and its current enforcement, requires that unique forms of monitoring be put in place. Recourse to independent expertise should not be left in the discretion of governments alone. Independence should result from a combination of well established expertise in the field and distance from governments and the social partners. In the EU tradition independent agencies have the role of making specialized contributions in specific fields, relieving European institutions of the urgent need to sanction or to evaluate Member States' performances. The proposal to establish a Fundamental Rights Agency follows in this direction. In expanding the remit for the creation of a Centre on racism and xenophobia, it is suggested that the Agency be organized on thematic lines. This trend could be confirmed by the announced creation of a European Gender Institute.¹³²² It is also worth noting that one of the main tasks of the Agency should be the 'collection and analysis of objective, reliable and comparable data at European level'.¹³²³

One of the points that has been strongly advocated in this chapter is the objectivity of data on which all evaluations and possible complaints should be based. There may be a need to bring the culture of fundamental labour rights more closely to the attention of institutions active in pursuing further protection of human rights. A separation among areas of fundamental rights and the means of enforcing them may seem counter-intuitive if we look at their universality, which is aimed at in the Charter of Fundamental Rights and in the yet-to-be-ratified Constitution. However, international sources proceed in the direction of specifying areas and means of protection, sometimes exposing new spheres of human rights to the challenges of international law.¹³²⁴ It may be worth exploring the specificity of social rights at the present stage of evolution in national and supranational law, and to do so while leaving behind the inferiority complex that, over the years, has characterized such a large area of scholarship and policy-making. To avoid the separation of labour rights, we must learn to treat them as citizens' rights.

¹³²¹ See the contributions by Akandji-Kombé, Brillat and De Schutter in this volume.

¹³²² COM(2004) 693 final, *supra* n. 38, at 4 and 5. See also the conclusions of the European Council of Brussels (17-18 June 2004) for the creation of a European institute specializing in equality between men and women, para. 45.

¹³²³ COM(2004) 693 final, *supra* n. 38, at 8.

¹³²⁴ An example, relevant to the present discussion, is the Council of Europe's Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal data, ETS - No. 108.