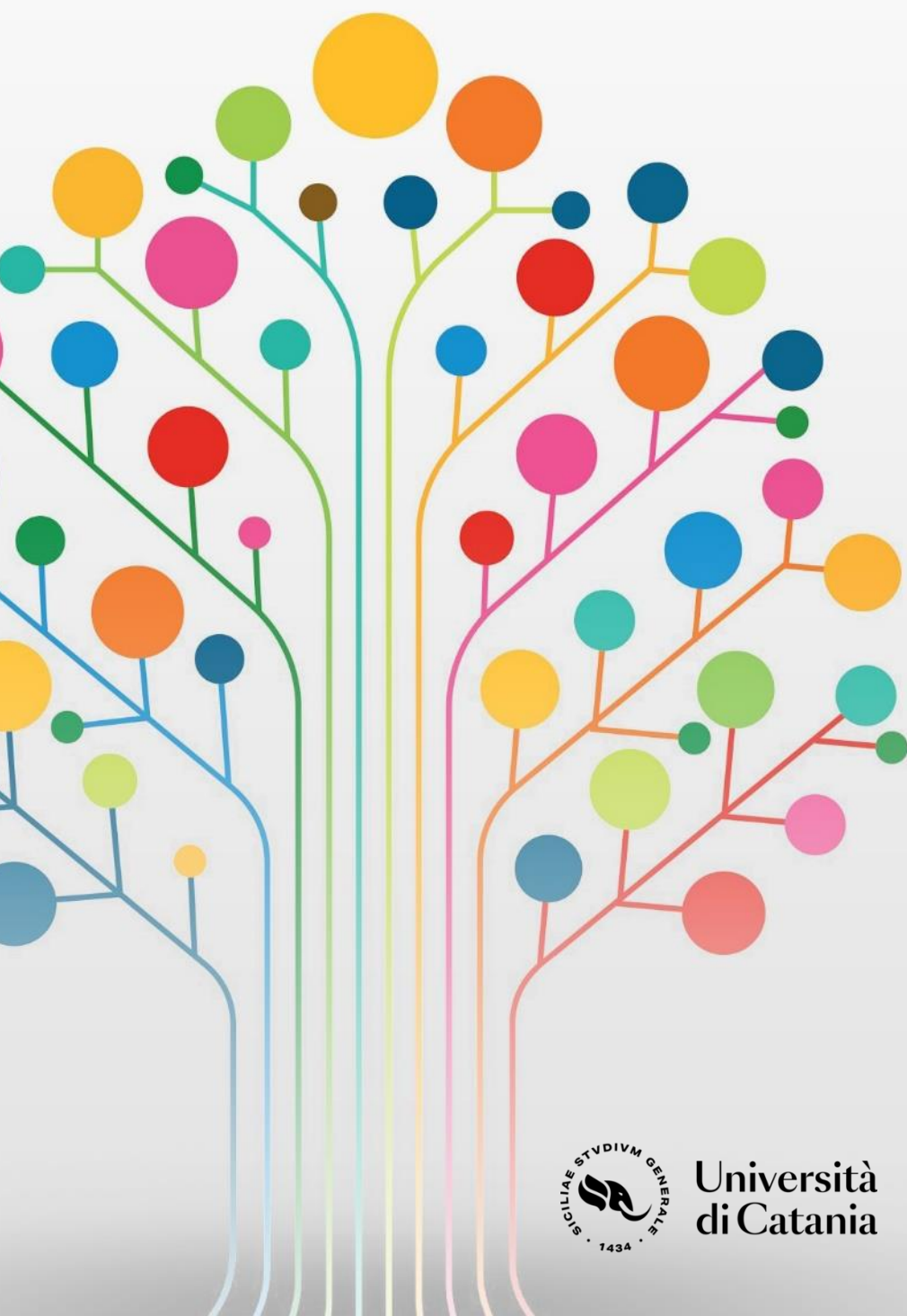


2/2005

# 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***

ROBERTO VOZA, Università di Bari

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

MICHELE TIRABOSCHI, Università di Modena e Reggio Emilia

BRUNO CARUSO, Università di Catania

PIETRO ICHINO, Università di Milano

ANTOINE JEAMMAUD, Université Lumière Lyon 2

MARIAGRAZIA MILITELLO, Università di Catania

FABIO RAVELLI, Università di Brescia

VITO LECCESE, Università di Bari

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Piazza Università, 2 - 95131 Catania – [www.unict.it](http://www.unict.it)

© 2005 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it)

ISBN 9791280569325

## SOMMARIO

|                                                                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (<i>part-time</i>, lavoro intermittente e lavoro ripartito)</b><br>Roberto Voza                           | 1   |
| <b>Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine</b><br>Loredana Zappalà                                          | 43  |
| <b>Il problema della occupazione giovanile nella prospettiva della (difficile) transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro</b><br>Michele Tiraboschi | 80  |
| <b>The Evolving Structure of Collective Bargaining in Italy (1990-2004)</b><br>Bruno Caruso – Loredana Zappalà                                                                | 110 |
| <b>Il diritto del lavoro tra <i>hard law</i> e <i>soft law</i>: nuove funzioni e nuove tecniche normative</b><br>Bruno Caruso                                                 | 176 |
| <b>I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso</b><br>Pietro Ichino                                                                                          | 190 |
| <b>Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement</b><br>Antoine Jeammaud                                                                | 203 |
| <b>Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia</b><br>Mariagrazia Militello                    | 224 |
| <b>Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti</b><br>Fabio Ravelli                                                                     | 243 |
| <b>La forma nel contratto di somministrazione</b><br>Loredana Zappalà                                                                                                         | 280 |
| <b>La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004</b><br>Vito Leccese                                                      | 306 |

## I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (*part-time*, lavoro intermittente e lavoro ripartito)\*

Roberto Voza

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Il lavoro a tempo parziale                                                                         | 2  |
| 1.1. Problemi di coordinamento con altre discipline legali                                            | 2  |
| 1.2. Il ridimensionamento del controllo sindacale                                                     | 4  |
| 1.3. L'alleggerimento delle tutele del lavoratore a tempo parziale                                    | 7  |
| 2. Il lavoro intermittente                                                                            | 16 |
| 2.1. L'alternanza fra prestazione e disponibilità e i suoi riflessi sulla disciplina applicabile      | 16 |
| 2.2. I presupposti di ammissibilità del lavoro a chiamata                                             | 19 |
| 2.3. Il trattamento economico-normativo del lavoratore intermittente                                  | 24 |
| 2.4. Il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata                                  | 28 |
| 3. Il lavoro ripartito                                                                                | 30 |
| 3.1. Lo 'speciale' vincolo di solidarietà e i suoi riflessi sulla programmabilità del tempo di lavoro | 30 |
| 3.2. Le deroghe alle regole comuni del lavoro subordinato                                             | 32 |
| Riferimenti bibliografici                                                                             | 37 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 37/2005

## 1. Il lavoro a tempo parziale

### 1.1. Problemi di coordinamento con altre discipline legali

Il D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, “ha crudelmente stravolto” la disciplina del lavoro a tempo parziale contenuta nel D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 (come modificato dal D.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100), senza neppure concederle “l’onore delle armi” di una totale abrogazione<sup>1</sup>, bensì riscrivendone, integralmente o parzialmente, ben sette articoli (artt. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8), ed aggiungendone un nuovo (art. 12-*bis*).

L’impatto delle nuove regole sull’assetto normativo preesistente provoca alcuni punti di frizione, a cominciare dalla sancita inapplicabilità dell’intero decreto delegato al “personale” delle pubbliche amministrazioni (art. 1, 2° comma, D.lgs. 276/2003, in attuazione dell’art. 6, L. 14 febbraio 2003, n. 30). In generale, tale “dualismo pubblico-privato”, pur temperato dalla presenza di deroghe e discipline particolari<sup>2</sup>, ha sollevato un coro di critiche e perplessità, costituendo “un forte segnale di controtendenza rispetto alle linee di politica legislativa seguite nella materia del pubblico impiego”<sup>3</sup>.

Con specifico riferimento al *part-time*, la inapplicabilità della normativa del 2003 al settore pubblico, esplicitamente disposta dall’art. 3 della legge-delega (e poi ribadita - in via interpretativa - dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 9 del 18 marzo 2004<sup>4</sup>), sembra generare una sorta di “mostro con una testa e due corpi regolativi, l’uno, il vecchio, valido per il lavoro pubblico, l’altro, il nuovo, valido per il lavoro privato”<sup>5</sup>. Una simile duplicazione di norme è parsa tanto irrazionale da suscitare, in sede di commento, fondati dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con l’art. 3 Cost<sup>6</sup>.

In secondo luogo, occorre segnalare come il legislatore del 2003 abbia ignorato la necessità di rivedere alcuni profili del precedente D.lgs. 61/2000. Tale necessità appare indotta (o semplicemente accentuata) dalla recente riforma dell’orario di lavoro (D.lgs. 8 aprile 2003, n. 66). Alludo, in particolare, alla distinzione tra riduzione orizzontale e riduzione verticale del tempo di lavoro, messa in crisi dalla mancanza (ormai pressoché certa<sup>7</sup>) di un orario giornaliero individuato *ex*

---

<sup>1</sup> DEL PUNTA, 2004a, p. 474.

<sup>2</sup> Ad esempio, le pubbliche amministrazioni sono abilitate a ricorrere alla somministrazione di lavoro a termine (art. 86, 9° comma, D.lgs. 276/2003). Per una panoramica in chiave critica dei vari “*casi e modi*” di estensione del decreto 276/2003 al lavoro pubblico, v. RUSSO C., 2004, p. 101 ss.

<sup>3</sup> In tal senso, fra i tanti, v. LISO, 2004, p. 6.

<sup>4</sup> Pubblicata in *Gazz. Uff.*, 30 marzo 2004, n. 75.

<sup>5</sup> BORGOGELLI, 2004, p. 44, nonché DEL PUNTA, 2004a, p. 524.

<sup>6</sup> Così BROLLO, 2004, p. 170, ivi ulteriori riferimenti. Per la verità, si è tentato di sostenere l’applicabilità del decreto 276 anche al *part-time* nella p.a., evidenziando come l’art. 46, D.lgs. 276/2003, abbia modificato un *corpus* normativo (ossia la disciplina generale del *part-time* di cui al D.lgs. 61/2000) “che si era già dichiarato applicabile alle amministrazioni pubbliche, senza toccare la norma che aveva sancito tale applicabilità” (DEL PUNTA, 2004a, p. 525).

<sup>7</sup> Secondo un orientamento pienamente consolidato: v., fra gli altri, DEL PUNTA, 2003; RICCI, 2003; ALLAMPRESE, 2003; GAROFALO, 2003; BELLOMO, 2004a; LECCESE, 2004.

*lege*<sup>8</sup>, e dalla quale continua, però, a dipendere l'applicazione di una serie di regole che riguardano il prolungamento e la distribuzione dell'orario lavorativo a regime ridotto<sup>9</sup>.

Si rammenti, infatti, che per *part-time* orizzontale s'intende "quello in cui la riduzione di orario rispetto al tempo pieno è prevista in relazione all'orario normale giornaliero di lavoro" (art. 1, 1° comma, lett. c, D.lgs. 61/2000).

Escluso, per ovvie ragioni di buon senso, che il parametro temporale giornaliero possa essere costituito dalla soglia massima delle 13 ore consecutive di lavoro (ricavabile attraverso il sancito diritto ad 11 ore di riposo minimo ogni 24 ore<sup>10</sup>), è evidente che l'unico limite giornaliero dal quale ricavare la nozione di *part-time* orizzontale è quello *eventualmente* sancito dal contratto collettivo<sup>11</sup>, il quale - come precisato dalla menzionata circolare - "ben potrà dettare [...] una definizione specifica di tale orario".

L'indicazione ministeriale (peraltro superflua, posto che l'autonomia collettiva non ha certo bisogno di una simile 'abilitazione') non risolve la questione, qualora manchi la determinazione - da parte del contratto collettivo - dell'orario normale giornaliero: in tal caso, la dottrina suggerisce il ricorso al criterio del "lavoratore comparabile a tempo pieno"<sup>12</sup>, che però potrebbe risultare - in concreto - di ardua applicazione.

Inoltre, sempre in rapporto alla disciplina dell'orario di lavoro, occorre evidenziare come la nuova nozione legale di tempo pieno, introdotta dall'art. 46, D.lgs. 276/2003, faccia riferimento all'orario normale di lavoro di cui all'art. 3, 1° comma, D.lgs. 66/2003, che prende il posto dell'abrogato art. 3, 1° comma, L. 24 giugno 1997, n. 196 (al quale rinviava il previgente testo dell'art. 1, 2° comma, lett. a, D.lgs. 61/2000).

Orbene, mentre la disposizione del Pacchetto Treu, fissando l'orario normale di lavoro in 40 ore settimanali, autorizzava la contrattazione collettiva nazionale a stabilire una durata minore e a riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno, l'art. 3, D.lgs. 66/2003, nel primo comma, attualmente richiamato ai fini dell'individuazione della nozione di tempo pieno (quale parametro per la determinazione della speculare nozione di tempo parziale), si limita a sancire che "l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali". La possibilità di introdurre, attraverso la contrattazione collettiva (peraltro non più necessariamente nazionale), regimi c.d. 'multiperiodali' di orario è contemplata al secondo comma del predetto art. 3, che però il decreto 276 - come detto - non richiama.

Letteralmente, tale circostanza sembrerebbe accentuare "le ambiguità circa la possibilità di stabilire un *part-time* multiperiodale". Nei primi commenti, tuttavia, il mancato richiamo all'*intero* art. 3 (ossia anche al 2° comma), D.lgs. 66/2003, è stato liquidato come frutto di "una imprecisione meramente formale, ampiamente superabile sulla base di una interpretazione sistematica del dato letterale"<sup>13</sup>. Tale opinione è fatta propria dalla circolare ministeriale, ove si afferma che

---

<sup>8</sup> Con tutti i problemi, anche di legittimità costituzionale, che tale opzione regolativa suscita: cfr., sul tema, CARABELLI-LECCESE, 2004, p. 22 ss.

<sup>9</sup> Lo rileva BROLLO, 2004, p. 135, auspicando "un ricorso alla certificazione".

<sup>10</sup> Cfr. art. 7, D.lgs. 66/2003, a commento del quale, v. SPINELLI, 2004, p. 296 ss.

<sup>11</sup> DEL PUNTA, 2004a, p. 485.

<sup>12</sup> SCARPONI, 2004, p. 564.

<sup>13</sup> RUSSO A., 2004, p. 183.

“per quanto non esplicitamente richiamato deve intendersi come orario normale, ai sensi del comma 2 del citato articolo 3 del decreto legislativo n. 66 del 2003, anche quello stabilito dai contratti collettivi con riferimento alla durata media delle prestazioni lavorative per un periodo non superiore all’anno”.

## 1.2. Il ridimensionamento del controllo sindacale

Le nuove regole in materia di *part-time* dettate dall’art. 46, D.lgs. 276/2003 esprimono pienamente l’impostazione presente nel disegno complessivo di riforma del mercato del lavoro avviato dal noto *Libro Bianco*: ossia la tendenza, da un lato, a ridimensionare la presenza e il ruolo sindacale, a vantaggio (ma non sempre) di un potenziamento dell’autonomia individuale, dall’altro, ad abbassare la soglia legale di protezione del lavoratore.

Quanto al primo profilo, il decreto muove senza mezzi termini un attacco frontale alla linea di politica del diritto sin qui praticata nella nostra materia per quasi un trentennio. Nell’ormai lunga stagione del garantismo collettivo, è stato il sindacato a presidiare il ricorso alla flessibilità da parte delle imprese, fungendo da motore principale dei congegni normativi volti alla rimozione o all’attenuazione di vincoli legali e, in particolare, operando quale “artefice della flessibilizzazione dell’orario di lavoro”<sup>14</sup>.

Oggi, invece, si libera da ogni filtro sindacale la gestione del *part-time* sotto il profilo quantitativo e qualitativo: sia il lavoro supplementare, sia le cosiddette clausole elastiche di distribuzione dell’orario, potranno essere introdotte anche sulla base del mero consenso del singolo lavoratore. La contrattazione collettiva viene così “degradata di ruolo”, divenendo una condizione non più necessaria, ma meramente facoltativa<sup>15</sup>. Si inverte quindi la prospettiva tradizionale: mentre prima certe dosi di flessibilità erano normalmente vietate dalla legge, ed era la contrattazione collettiva che poteva decidere se e come introdurle, oggi accade il contrario. Quelle dosi di flessibilità possono entrare a far parte del singolo rapporto di lavoro (se le parti le vogliano, ovviamente); la contrattazione collettiva deve ora preoccuparsi di accorrere a precluderne l’utilizzo.

In sostanza, se prima era investito del compito di ‘aprire il rubinetto’ della flessibilità, erogandone dosi altrimenti precluse, oggi l’intervento sindacale risulta privato della sua funzione di filtro autorizzatorio<sup>16</sup>.

Come è evidente, il nuovo assetto determina “un sostanziale disincentivo alla contrattazione”<sup>17</sup>, e promuove - per i singoli datori di lavoro - la fuga dal sistema contrattuale qualificato, nel senso che “diventa evidente la convenienza datoriale ad abbandonare il contratto collettivo che non è più fonte di flessibilità ma di vincoli, rispetto alla fonte potenzialmente concorrente e giustapposta, il contratto individuale”<sup>18</sup>.

Infatti, secondo la nota lettura di D’Antona, attraverso il meccanismo del ‘terzo effetto’, il datore

---

<sup>14</sup> BOLEGO, 2000, p. 456.

<sup>15</sup> BROLLO, 2002a, p. 755.

<sup>16</sup> V., tra gli altri, SANTUCCI, 2004, p. 187; LA MACCHIA, 2004, p. 262; STENICO, 2005, p. 335.

<sup>17</sup> LISO, 2004, p. 10.

<sup>18</sup> CARUSO, 2004, p. 25.

di lavoro, per così dire, *free-rider* era indotto ad entrare nel circuito delle relazioni sindacali, per incassare quelle dosi di flessibilità altrimenti precluse<sup>19</sup>. In cambio della liberalizzazione di alcuni profili del rapporto di lavoro, egli doveva soggiacere all'integrale applicazione del contratto collettivo. Tale ricostruzione ottenne un'importante conferma proprio nel testo originario del D.lgs. 61/2000, ove era previsto che il datore di lavoro, per poter ricorrere al lavoro supplementare, dovesse 'effettivamente' (ossia 'integralmente') applicare il contratto collettivo, e non solo pescare, all'interno di quest'ultimo, la misura di flessibilità di suo gradimento.

Ebbene, la riforma del 2003 sopprime tale inciso, legittimando l'interpretazione, poi sostenuta nella circolare ministeriale 9/2004, secondo cui "il datore di lavoro che applichi un contratto che non regola il lavoro supplementare possa mutuare la regolamentazione contenuta in un contratto diverso da quello applicato"<sup>20</sup>: viene così avallata una sorta di *shopping* della flessibilità.

L'operazione di marginalizzazione del filtro sindacale, compiuta dall'art. 46 del decreto 276, si spinge al punto tale da creare le premesse per una vera e propria lacerazione tra autonomia collettiva e autonomia individuale.

Infatti, se per le clausole "elastiche o flessibili", è previsto che, "in assenza di contratti collettivi"<sup>21</sup>, le parti possono concordarne "direttamente" l'adozione (art. 46, lett. s, che introduce il comma 2-ter all'art. 8, D.lgs. 61/2000), l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato, "ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo" (art. 46, lett. f).

Pertanto, di fronte alla scelta sindacale di non regolare il ricorso al lavoro supplementare, e quindi - almeno implicitamente - di escluderlo (magari pur in presenza di "una disciplina collettiva del lavoro a tempo parziale"<sup>22</sup>), l'autonomia individuale potrebbe sempre aggirare l'ostacolo e consentire ciò che l'autonomia collettiva, viceversa, non ammette.

Per di più, mentre in passato il consenso del lavoratore all'effettuazione di prestazioni supplementari era necessario "in ogni caso" (art. 3, 3° comma, D.lgs. 61/2000), oggi sembra essere richiesto soltanto ove il contratto collettivo non regoli la materia. Di conseguenza, ogni volta che le parti sociali ammettono e disciplinano il lavoro supplementare, il lavoratore è sempre tenuto ad esaudire la richiesta dell'impresa<sup>23</sup>, come se il contratto collettivo racchiuda l'implicita manifestazione del consenso individuale al prolungamento dell'orario di lavoro. La lacerazione tra autonomia collettiva ed autonomia individuale è di tutta evidenza: paradossalmente, il sindacato,

---

<sup>19</sup> D'ANTONA, 1990.

<sup>20</sup> Identico principio è affermato - sempre nella circolare - con riferimento al "lavoro flessibile", ossia alla clausola che conferisce al datore di lavoro il potere di variare la collocazione temporale dell'orario: in tal caso, però, il Ministero evidenzia la necessità che "il contratto individuale di lavoro indichi espressamente quale sia il contratto collettivo cui si intende fare riferimento. E ciò per l'evidente esigenza di rendere edotto il lavoratore della disciplina contrattuale cui è assoggettato". Non si comprende perché tale esigenza non sia avvertita anche per il lavoro supplementare.

<sup>21</sup> Sul significato di tale inciso, v. DEL PUNTA, 2004a, p. 515.

<sup>22</sup> BROLLO, 2004, p. 142. Si rammenti che nella legge-delega l'ammissibilità del lavoro supplementare sulla base del consenso individuale era prevista "in carenza" dei contratti collettivi (art. 3, lett. a, L. 30/2003), espressione che il legislatore delegato ha tradotto come mancata previsione e regolamentazione del lavoro supplementare da parte del contratto collettivo.

<sup>23</sup> In tal senso, v. VALLEBONA, 2004a, p. 52; SCARPONI, 2004, p. 557; BANO, 2004, p. 115.



se sceglie di consentire e regolare il lavoro supplementare<sup>24</sup>, costringe il lavoratore a svolgerlo, in spregio della tanto decantata valorizzazione della libertà individuale.

Peraltro, non è chiaro se una simile conclusione possa valere anche qualora il lavoratore non sia iscritto ai sindacati stipulanti: l'interrogativo rimanda alla nota questione (che non può essere affrontata in questa sede) della tutela del dissenso individuale nei confronti delle determinazioni operate dalle parti sociali.

Oltre ad un indebolimento del ruolo del sindacato nella gestione della flessibilità, la riforma del *part-time* incide sulla determinazione dei soggetti sindacali a cui il legislatore devolve rilevanti funzioni normative.

Infatti, nella disciplina risalente al 2000, le competenze normative delegate dalla legge, a cominciare dalla facoltà di determinare "condizioni e modalità" della prestazione di lavoro a orario ridotto, erano affidate ai contratti collettivi stipulati "dai sindacati comparativamente più rappresentativi" (art. 1, 3° comma, D.lgs. 61/2000, richiamato, di volta in volta, dalle altre disposizioni legali che prevedevano l'intervento della contrattazione collettiva).

Di contro, nella novella del 2003, l'implementazione del precetto legale è affidata ai contratti collettivi stipulati "da" associazioni comparativamente più rappresentative, secondo una formula, adottata anche in altre disposizioni dello stesso decreto 276<sup>25</sup>, che prosegue nella scelta di politica del diritto annunciata nel *Libro Bianco*, e che è stata già impiegata nella riforma dell'orario di lavoro (D.lgs. 66/2003).

Un mutamento che, evidentemente, non è soltanto terminologico, poiché quella trasformazione della preposizione articolata '*dai*' nella preposizione semplice '*da*' induce a ritenere che sarà sufficiente che il contratto collettivo sia stipulato soltanto da alcune organizzazioni, fra quelle comparativamente più rappresentative (e non più da tutte)<sup>26</sup>.

Quanto ai livelli contrattuali abilitati alla stipula dell'accordo, l'art. 46 del decreto 276 rinvia - come in passato - ai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali. La novità è che per l'accordo aziendale, non è più richiesta l'assistenza dei "sindacati che hanno negoziato e sottoscritto il contratto collettivo nazionale applicato".

Tale previsione aveva l'indubbio merito di garantire, in linea con l'assetto delineato dal Protocollo del 23 luglio 1993, "uno stretto legame funzionale tra i livelli contrattuali"<sup>27</sup>. L'attuale formulazione della norma sembra prestarsi ad avallare operazioni contrattuali 'avventurose', in cui le rappresentanze sindacali si pieghino, per debolezza e/o per compiacenza, alla pressione della singola impresa, al di fuori di qualunque controllo esterno.

---

<sup>24</sup> Rimane solo da capire se, "per rendere obbligatorio il lavoro supplementare occorrerà [...] una specifica presa di posizione del contratto in quel senso" (come sostiene DEL PUNTA, 2004a, p. 503), oppure se, come pare invece intendere la circolare ministeriale, sarà sufficiente che la contrattazione collettiva regoli un qualsiasi aspetto dell'istituto, senza renderlo esplicitamente obbligatorio per il lavoratore.

<sup>25</sup> Cfr., ad esempio, art. 20, 3° comma, lett. i, (somministrazione a tempo indeterminato); art. 20, 4° comma (somministrazione a termine); art. 34, 1° comma (lavoro intermittente); art. 55 (contratto di inserimento).

<sup>26</sup> *Contra*, SCARPONI, 2004, p. 582, nonché FERRARESI, 2005a, p. 469, nt. 70.

<sup>27</sup> BROLLO, 2004, p. 134.

L'intento di marginalizzare la funzione sindacale si manifesta poi in un'altra significativa previsione, meritevole d'attenzione. Il legislatore del 2000 aveva optato - quale criterio generale di determinazione dell'organico aziendale - per il principio *pro rata temporis*, stabilendo che in tutte le ipotesi in cui, per disposizione di legge o di contratto collettivo, si renda necessario l'accertamento della consistenza dell'organico, i lavoratori a tempo parziale sono computati nel numero complessivo dei dipendenti in proporzione all'orario svolto. Vi era, però, un'importante eccezione a tale regola, in quanto, ai soli fini dell'applicabilità del titolo III dello Statuto dei lavoratori, i *part-timers* - secondo l'art. 6, 2° comma, D.lgs. 61/2000 - si computavano come unità intere, quale che fosse la durata della loro prestazione lavorativa.

La *ratio* di tale previsione era assai chiara: il legislatore prendeva atto della incompatibilità del riproporzionamento con la natura dei diritti sindacali. Si voleva, insomma, valorizzare la presenza nel luogo di lavoro della persona del lavoratore in sé e per sé, a prescindere dalla durata della prestazione, attraverso una corretta declinazione del principio di non discriminazione o di uniformità di trattamento (cfr. art. 4, D.lgs. 61/2000), tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori *full-time*<sup>28</sup>.

Significativamente, nella novella del 2003 si è inteso rivedere tale opzione, abrogando la menzionata disposizione del 2000 (v. art. 46, lett. *p*), e quindi estendendo il metodo di calcolo basato sulla regola *pro rata temporis* in vista dell'applicazione di tutte le norme legislative e contrattuali collegate al numero dei dipendenti, senza più alcuna eccezione.

L'effetto che ne deriva è quello di restringere "l'area di fruizione dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro"<sup>29</sup>, a detrimento, dell'intera comunità dei lavoratori, e non solo di quelli a tempo parziale. Non si dimentichi, infatti, che l'appartenenza del lavoratore, per così dire, 'atipico' alla comunità dell'impresa presso cui svolge la propria opera si misura anche attraverso la sua capacità di 'fare numero' in vista dell'applicazione, anzitutto, delle tutele sindacali.

Infine, ad ulteriore conferma dell'intenzione di espropriare il sindacato del suo tradizionale ruolo di 'controllore' della flessibilità, può annoverarsi l'estensione integrale del *part-time* in ambito agricolo, realizzata attraverso l'abrogazione dell'art. 7, D.lgs. 61/2000 (ad opera dell'art. 46, lett. *q*), che quantomeno affidava all'autonomia collettiva il compito di determinare le modalità di applicazione del lavoro a tempo parziale all'interno di un settore "dotato di consistenti specificità e di pericolosa esposizione a fenomeni di sfruttamento"<sup>30</sup>.

### 1.3. L'alleggerimento delle tutele del lavoratore a tempo parziale

Il ridimensionamento del ruolo del sindacato è accompagnato dalla secca rimozione di vincoli legali, che compromette l'equilibrio, faticosamente raggiunto dalla riforma del 2000, tra esigenze di flessibilità delle imprese ed esigenze di tutela del lavoratore.

A dimostrazione di tale assunto, è sufficiente scorrere la 'lista' delle principali innovazioni introdotte dal decreto, tutte (o quasi) rigorosamente a vantaggio della sola parte datoriale, al fine di accentuare la flessibilità già presente nella disciplina del lavoro a tempo parziale.

---

<sup>28</sup> BROLLO, 2002b, p. 85.

<sup>29</sup> ANDREONI, 2002, p. 11. Tale modifica non appare per nulla in sintonia "con gli obiettivi di «promozione» del *part-time* e di adeguamento alla disciplina comunitaria" (BELLOMO, 2004b, p. 74).

<sup>30</sup> BROLLO, 2004, p. 167.

a) In tema di clausole elastiche e flessibili, la più eclatante novità è l'abolizione del diritto al ripensamento da parte del lavoratore. Qui i sostenitori della riforma devono mestamente riporre il vessillo della valorizzazione della libertà individuale. Infatti, proprio in nome della volontarietà del ricorso alla flessibilizzazione della prestazione, la relativa clausola veniva sottoposta, nella precedente disciplina, alla possibilità di disdetta da parte del lavoratore, in presenza di causali obiettive, indicate dalla stessa legge e ampliabili ad opera della contrattazione collettiva (cfr. art. 3, 10° comma, D.lgs. 61/2000).

Oggi, invece, si depotenzia la funzione del consenso del lavoratore, il quale, una volta accettato il patto di elasticità o flessibilità, magari all'atto dell'assunzione (quando cioè è esposto al *'take it or leave it'*, intimatogli dalla controparte), è privato di questo *ius poenitendi*, e corre il rischio di rimanere "permanentemente elastico"<sup>31</sup>.

In compenso, il legislatore ha immesso la clausola in questione nel circuito dell'autonomia individuale assistita, prevedendo che, al momento dell'accettazione di tale patto, il lavoratore *possa* chiedere di essere 'affiancato' da un componente della rappresentanza sindacale aziendale (ovvero della r.s.u., "per coerenza sistematica"<sup>32</sup>) "indicato dal lavoratore medesimo" (art. 46, lett. l).

Non bisogna trascurare, tuttavia, che la rappresentanza sindacale aziendale può non esistere, o perché non è stata costituita, o perché *non può essere costituita*, per mancanza dei requisiti dimensionali di cui all'art. 35 Stat. lav..

Posto che il legislatore prevede che il patto *de quo* sia "reso, su richiesta del lavoratore", con l'assistenza di un componente della r.s.a. indicato dal lavoratore medesimo, l'interpretazione più conforme al dato letterale è quella secondo la quale l'assistenza sindacale divenga obbligatoria, soltanto qualora il lavoratore ne faccia espressa richiesta<sup>33</sup>: in tal caso l'eventuale patto sottoscritto fra le parti, senza l'intervento del rappresentante sindacale, sarà sanzionabile ai sensi dell'art. 8, comma 2-bis, D.lgs. 61/2000 (introdotto dall'art. 46, lett. s), ove è previsto che lo svolgimento di prestazioni elastiche o flessibili, "senza il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 3, commi 7, 8, 9", dia luogo, "in aggiunta alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno".

Di contro, qualora il lavoratore non formuli alcuna richiesta di assistenza, la clausola tornerebbe ad essere rimessa all'autonomia individuale 'pura'.

Appare chiara, tuttavia, l'intrinseca irrazionalità di una simile opzione regolativa. È evidente, infatti, che se la *ratio* è quella di tutelare la libertà del consenso proprio attraverso l'assistenza sindacale, quest'ultima non può che essere sempre obbligatoria: dove il datore di lavoro è in grado di imporre al lavoratore il patto in questione, forzandone la volontà, è anche in grado di ottenere che il lavoratore non formuli la richiesta di essere assistito. Del resto, non ha alcun senso pratico rimettere l'*an* della assistenza alla scelta del lavoratore: se quest'ultimo ha la 'forza' di

<sup>31</sup> SANTUCCI, 2004, p. 189. Va segnalato, però, che la facoltà di disdetta del patto in questione è stata mantenuta nella contrattazione collettiva successiva all'entrata in vigore della riforma del 2003: cfr., ad esempio, gli accordi di rinnovo *Terziario-Confcommercio* (2.7.2004); *Edilizia-Aziende cooperative* (24.5.2004); *Alimentari-Piccola e media industria* (6.5.2004).

<sup>32</sup> BROLLO, 2004, p. 155, nonché DEL PUNTA, 2004a, p. 509.

<sup>33</sup> Configurano l'assistenza sindacale come meramente "eventuale", in quanto subordinata alla richiesta del lavoratore, VALLEBONA, 2004a, p. 51, nonché BROLLO, 2004, p. 155.

chiedere l'intervento sindacale, avrà anche la forza di negare il proprio assenso alla clausola in questione.

Peraltro, il lavoratore potrebbe 'desiderare' l'assistenza e non poterla ottenere per la semplice ragione che non esiste alcuna r.s.a.: in tal caso, non vi sarebbe alcuno strumento di tutela della volontarietà della scelta di adottare il regime elastico o flessibile di distribuzione dell'orario.

Dal canto suo, la tesi della obbligatorietà dell'assistenza sindacale, a prescindere dalla richiesta del lavoratore, determinerebbe una disparità di trattamento fra datori di lavoro di dubbia legittimità: in assenza di r.s.a., il datore di lavoro si vedrebbe preclusa la possibilità di concordare la clausola *de qua*.

b) Nel *part-time* verticale o misto, sono ora ammesse anche clausole relative alla variazione *in aumento* della durata della prestazione lavorativa (*alias*, clausole *elastiche* in senso stretto)<sup>34</sup>, laddove in passato l'eventuale variabilità riguardava il solo profilo della collocazione temporale della prestazione (clausole che oggi il legislatore ribattezza *flessibili*, e non più elastiche). Pertanto, per ottenere dal *part-timer* una prestazione aggiuntiva, è sufficiente inserire nel contratto individuale, una volta per tutte, il patto di elasticità in aumento, il quale - nella sostanza - rappresenta una mera variante del lavoro supplementare, ma che soggiace ad altra disciplina. Infatti, mentre il ricorso al lavoro supplementare richiede, volta per volta, l'esplicitazione del consenso da parte del lavoratore<sup>35</sup>, il patto di elasticità, concordato *una tantum*, determina - come osservato nella richiamata circolare ministeriale - "un incremento definitivo della quantità della prestazione", senza più nessuna futura negoziazione sul punto.

c) Sempre con riferimento alle clausole elastiche, viene ridotto, da due a dieci giorni (specificando, però, che si tratta di giorni *lavorativi*) il termine di preavviso con il quale il datore di lavoro deve comunicare al lavoratore la modifica della collocazione temporale della prestazione (art. 46, lett. k).

Tale termine deve considerarsi come "un minimo, modificabile solo *in melius* dall'autonomia individuale", come depone la previsione letterale di "almeno" due giorni lavorativi<sup>36</sup>. A tal proposito, tuttavia, la circolare del Dicastero del *Welfare* afferma che "le parti, anche del contratto individuale, possono stabilire una diversa misura del preavviso ma non eliminarlo completamente": ne deriva che, secondo l'interpretazione ministeriale, sarebbe legittimo qualsiasi termine di preavviso (purché non lo si azzeri, appunto), magari anche di un solo giorno (o di qualche ora!).

---

<sup>34</sup> La contrattazione collettiva ha prontamente recepito la novità, riconoscendo l'ammissibilità di simili clausole: cfr., ad esempio, gli accordi di rinnovo *Terziario-Confcommercio* (2.7.2004); *Occhiali-Aziende industriali* (27.5.2004); *Calzature-Aziende industriali* (18.5.2004); *Retifichi meccanici da pesca* (15.6.2004); *Penne, spazzole e pennelli-Aziende industriali* (8.6.2004); *Edilizia-Aziende cooperative* (24.5.2004); *Alimentari-Piccola e media industria* (6.5.2004); *Chimica-Aziende industriali* (28.5.2004); *Gomma e plastica-Aziende industriali* (2.6.2004); *Lapidei-Aziende industriali* (13.5.2004). Nell'ambito di tale disciplina contrattuale è in alcuni casi previsto un limite massimo di variabilità in aumento della prestazione lavorativa attraverso la clausola elastica; più spesso, è collegata a tale clausola una maggiorazione economica.

<sup>35</sup> Letteralmente, il consenso del lavoratore è riferito alla "effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare, e quindi pare proprio che debba essere acquisito "ad ogni richiesta di prestazione aggiuntiva" (BROLLO, 2004, p. 141), e non - come sostiene la circolare ministeriale - "anche preventivamente [...], ad esempio all'inizio del turno/settimana/mese".

<sup>36</sup> In tal senso, BROLLO, 2004, p. 157, ivi ulteriori riferimenti dottrinali sul punto.

d) Inoltre, se in passato l'apposizione della clausola elastica determinava il diritto del lavoratore "ad una maggiorazione della retribuzione oraria globale di fatto", nella misura fissata dalla contrattazione collettiva (art. 3, 8° comma, D.lgs. 61/2000), l'attuale disciplina prevede unicamente il "diritto a specifiche compensazioni, nella misura ovvero nelle forme" fissate dai contratti collettivi (art. 46, lett. k).

La nuova disposizione, nel suo tenore letterale, induce a ritenere che tali compensazioni possano non avere natura economica, ma consistere in altri meccanismi di bilanciamento della flessibilità temporale, sotto forma, ad esempio, di riposi compensativi<sup>37</sup>.

Occorre, tuttavia, considerare (e di ciò si mostra consapevole anche il Ministero del Lavoro nella richiamata circolare) che uno dei criteri direttivi fissati dalla legge-delega era quello della "agevolazione del ricorso a forme flessibili ed elastiche di lavoro a tempo parziale cosiddetto verticale e misto, [...] comunque a fronte di una *maggiorazione retributiva* dal riconoscere al lavoratore" (art. 3, lett. b, L. 30/2003)<sup>38</sup>.

Ma la novità più preoccupante è che, mentre in passato "il diritto ad una maggiorazione della retribuzione oraria globale di fatto" era collegato allo *svolgimento* del rapporto di lavoro a tempo parziale secondo le modalità elastiche (art. 3, 8° comma, D.lgs. 61/2000), nell'attuale disciplina "il diritto a specifiche compensazioni" sorge in caso di *esercizio* da parte del datore di lavoro del potere di variare la durata della prestazione lavorativa o di modificarne la collocazione temporale. Sembra dunque che la pretesa al corrispettivo sorga solo nel caso di *effettivo* lavoro elastico o flessibile, ossia soltanto nel caso in cui il datore di lavoro eserciti lo *ius variandi*<sup>39</sup>.

Se così fosse, la mera disponibilità del lavoratore a svolgere la prestazione in termini elastici e/o flessibili non darebbe luogo ad alcun ristoro, in palese contrasto con l'insegnamento della Corte costituzionale espresso nella nota sentenza 210/1992<sup>40</sup>.

Infatti, alla luce di tale pronunzia, anche nella lettura 'riduttiva' condivisa dalla giurisprudenza di legittimità e da una parte della dottrina<sup>41</sup>, la possibilità di variare la collocazione temporale della prestazione di lavoro a tempo parziale, e il corrispondente vincolo di disponibilità assunto dal lavoratore, devono sempre dar luogo ad una adeguata controprestazione economica.

Va segnalato che "lo svolgimento di prestazioni elastiche o flessibili" in violazione della disciplina legale "comporta a favore del prestatore di lavoro il diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta,

<sup>37</sup> BROLLO, 2004, p. 157; BANO, 2004, pp. 119-120; FERRARESI, 2005a, p. 466; DEL PUNTA, 2004a, p. 512.

<sup>38</sup> Peraltro, nel rimettere all'autonomia collettiva la determinazione dell'entità della compensazione, il legislatore sembra trascurare che l'apposizione di clausole flessibili è ora possibile anche *in assenza* di contratti collettivi. In tale frangente, pare corretto ritenere che non sia in discussione l'*an* del "diritto a specifiche compensazioni" e che tocchi all'autonomia individuale operarne la quantificazione (cfr., sul punto, BROLLO, 2004, p. 158). La circolare ministeriale condivide tale interpretazione, sostenendo che "in mancanza di una regolamentazione per via collettiva le parti possono, comunque, accordarsi per lo svolgimento di lavoro flessibile, ma devono regolamentarne condizioni e modalità, nonché stabilire le forme e la misura della compensazione".

<sup>39</sup> Così DEL PUNTA, 2004a, p. 511; FERRARESI, 2005a, p. 466.

<sup>40</sup> Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 731.

<sup>41</sup> Si è, infatti, sorvolato sulle esigenze (pur richiamate da Corte cost. 210/1992) di tutela del tempo di vita, in sé e per sé, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa, adottando una "prospettiva strettamente economicistica", ossia ponendo la questione "solo in termini di redditività [...] del tempo libero del lavoratore" (BAVARO, 2001, p. 181).

alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno” (art. 46, lett. s). Dunque, l’abuso delle predette clausole dà luogo ad “una mera sanzione monetaria”, la quantificazione della quale è evidentemente rimessa “agli svolgimenti equitativi della giurisprudenza che verrà”<sup>42</sup>.

e) In nome di un’ulteriore flessibilizzazione nella gestione del lavoro a tempo parziale, le clausole flessibili e quelle elastiche sono state ammesse “anche nelle ipotesi di contratto di lavoro a termine” (art. 46, lett. m), e il lavoro supplementare è stato ammesso nel *part-time* (purché orizzontale) a tempo determinato (art. 46, lett. d). Analogamente, ai sensi dell’art. 46, lett. h, “lo svolgimento di prestazioni lavorative straordinarie” è consentito nel *part-time* (verticale o misto) a tempo determinato e ad esso si applica “la disciplina legale e contrattuale vigente [...] in materia di lavoro straordinario nei rapporti a tempo pieno”.

Si rammenti che, in passato, tali misure di flessibilità erano permesse dalla legge soltanto per le assunzioni a termine motivate dalle necessità di sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto; negli altri casi di lavoro a termine, era la contrattazione collettiva a poter autorizzare il ricorso a prestazioni lavorative supplementari o straordinarie, ma non anche alle clausole elastiche (v. art. 3, 13° comma, D.lgs. 61/2000).

Colpisce, dunque, lo “zelo” dimostrato dal legislatore del 2003 “nel cercare di incentivare il possibile ricorso al *part-time* a tempo determinato, in specie attraverso l’eliminazione di qualunque limite normativo che potesse ostacolare la combinazione fra le due tipologie contrattuali”<sup>43</sup>.

f) Il decreto interviene poi sui principali profili del lavoro supplementare.

In primo luogo, quest’ultimo, letteralmente, viene circoscritto solo alle “ipotesi di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale” (art. 46, lett. d), risultando così precluso nel *part-time* verticale o misto, laddove il prolungamento dell’orario è però realizzabile attraverso il ricorso alla clausola elastica (v. *supra*, in questo §, lett. b), e persino al lavoro straordinario (v. *infra*, lett. g): “ne deriva una oscura distinzione del lavoro eccedente a seconda della tipologia negoziale di riferimento”<sup>44</sup>.

L’irrazionalità di un simile assetto normativo è talmente evidente, al punto che la circolare ministeriale, incurante del dato letterale, ritiene che “il lavoro supplementare possa ipotizzarsi anche nel lavoro a tempo parziale di tipo verticale o misto”<sup>45</sup>.

Inoltre, rispetto al testo originario del D.lgs. 61/2000 emerge “una qualche discontinuità [...] sotto il profilo dei presupposti sostanziali in presenza dei quali è lecito richiedere prestazioni di lavoro supplementare”<sup>46</sup>; la contrattazione collettiva, infatti, è chiamata ad individuarne le “causali” (v. art. 46, lett. e, laddove, nel testo previgente, si parlava di “causali obiettive”), di modo che - come precisa la circolare ministeriale - “possono essere previste anche causali di tipo soggettivo”.

<sup>42</sup> BROLLO, 2004, p. 158. Cfr., in proposito, Trib. Milano, 17 febbraio 2004, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10, che quantifica il danno che derivi dall’illegittima distribuzione dell’orario di lavoro nella misura del 50% della retribuzione netta.

<sup>43</sup> DEL PUNTA, 2004a, p. 486.

<sup>44</sup> BROLLO, 2004, p. 137.

<sup>45</sup> Sul punto, v. BIZZARRO, 2004, p. 20.

<sup>46</sup> DEL PUNTA, 2004a, p. 500.

g) La già evidenziata obbligatorietà del lavoro supplementare 'autorizzato' dal contratto collettivo (v. *supra*, § precedente) sembra contrastare con quella disposizione che attribuisce un rilievo decisivo al consenso individuale, statuendo che "il rifiuto da parte del lavoratore non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento" (art. 46, lett. f). La 'schizofrenia' legislativa ha partorito due precetti tra loro apparentemente incompatibili: in presenza di un contratto collettivo che ammetta e regoli il ricorso al lavoro supplementare, il consenso del lavoratore sembra essere superfluo secondo il primo periodo del novellato art. 3, 3° comma, D.lgs. 61/2000, e, viceversa, indispensabile, ai sensi del successivo periodo.

Un indizio, tuttavia, tradisce l'intenzione del legislatore di considerare esigibile il lavoro supplementare ammesso e regolamentato dalla contrattazione collettiva. Nella riforma del 2000, infatti, era previsto che il diniego da parte del lavoratore al prolungamento della prestazione lavorativa, non solo non integrasse gli estremi del giustificato motivo di recesso, ma non costituisse neppure "infrazione disciplinare". La soppressione di quest'ultimo inciso, operata dalla nuova disposizione, sembra determinare l'illegittimità del solo licenziamento, e non anche di una sanzione disciplinare di tipo conservativo.

Tale conclusione è fatta propria dalla circolare ministeriale, ove si afferma testualmente che "il venir meno del riferimento all'illecito disciplinare, contemplato dalla normativa previgente, deve essere interpretato nel senso che l'illegittimo rifiuto a rendere la prestazione supplementare può acquisire rilevanza disciplinare".

Del resto, sotto il profilo soggettivo, il giustificato motivo di licenziamento è costituito da un "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" (art. 3, 15 luglio 1966, n. 604): in assenza di una norma che consideri *in ogni caso* indispensabile il consenso individuale, il rifiuto di svolgere lavoro supplementare potrebbe rappresentare un inadempimento 'lieve', e legittimare, appunto, una sanzione disciplinare conservativa<sup>47</sup>.

Nei primi commenti, si è proposto di far salva la facoltà del lavoratore a tempo parziale di opporre un *giustificato* motivo di rifiuto al prolungamento del proprio orario lavorativo: sarebbe così infrazione disciplinare soltanto "il diniego ingiustificato, cioè non sorretto da interessi meritevoli di tutela pari a quelli che sostengono la richiesta del datore di lavoro"<sup>48</sup>.

Ma neppure tale soluzione interpretativa, ove accolta, sarebbe sufficiente a fugare i fondati dubbi circa la legittimità delle nuove regole.

Infatti, l'esigibilità del lavoro supplementare, a prescindere dall'assenso individuale, contrasta, addirittura, con il diritto comune delle obbligazioni. A tal proposito, non si dimentichi che nel contratto di lavoro a tempo parziale non può mai mancare la clausola che stabilisce l'indicazione della durata della prestazione. Infatti, solo nel contratto di lavoro *tout-court*, il silenzio delle parti sull'orario di lavoro consente al giudice di applicare il noto meccanismo dell'integrazione, avendo a disposizione uno *standard*, un prototipo al quale attingere (l'orario normale di lavoro).

Diversamente, nell'ambito del *part-time* l'indicazione della durata della prestazione di lavoro a tempo parziale serve a determinare quantitativamente l'obbligazione lavorativa, integrandone il

<sup>47</sup> Per di più, indossando i panni dell'avvocato del diavolo, si potrebbe sostenere che il reiterato rifiuto del lavoratore, dando luogo ad una pluralità di sanzioni, possa far scattare il 'macigno' della recidiva, avallando, così, persino un licenziamento.

<sup>48</sup> BROLLO, 2004, p. 144.

contenuto (come si evince dalla definizione legale dall'art. 1, D.lgs. 61/2000), il prolungamento del tetto orario attraverso il lavoro supplementare, determinando una modifica del contenuto dell'obbligazione, potrebbe realizzarsi solo attraverso il consenso di entrambe le parti: le motivazioni di un eventuale diniego del lavoratore non dovrebbero assumere alcuna rilevanza.

Per di più, l'assoggettamento del lavoratore al potere unilaterale del datore di lavoro di esigere l'effettuazione di prestazioni supplementari toglie al primo la possibilità di assumere altri impegni lavorativi, e di ottenere, in tal modo, "una retribuzione complessivamente sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.", esponendo una simile modalità di lavoro alle critiche già manifestate dalla Corte costituzionale in materia di clausole elastiche<sup>49</sup>.

h) Quanto al contingentamento del ricorso al lavoro supplementare, il contratto collettivo continua ad essere investito del compito di fissare il numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili, ma senza ulteriori specificazioni (art. 46, lett. e): di contro, nella disciplina del 2000 si richiedeva che tale soglia fosse fissata anche in relazione alla "singola giornata lavorativa".

Per di più, scompare la previsione secondo cui, in attesa che le parti sociali regolassero la materia del lavoro supplementare, quest'ultimo era ammesso nella misura massima del 10% della durata dell'orario di lavoro *part-time* (art. 3, 4° comma, D.lgs. 61/2000): ciò comporta che "la contrattazione collettiva non dispone più della «rete di sicurezza» del massimo legale, il che sposta l'equilibrio dei giochi negoziali a favore della parte imprenditoriale"<sup>50</sup> (in continuità con quanto si diceva *supra*, § precedente).

Quanto al costo, viene meno la regola che prevedeva per ogni ora di lavoro supplementare aggiuntiva rispetto al limite consentito dal contratto collettivo (ovvero - in assenza di questo - rispetto al limite legale del 10%), una maggiorazione retributiva pari al 50%, ovvero alla diversa misura eventualmente fissata dal contratto collettivo stesso (art. 3, 6° comma, D.lgs. 61/2000).

Piuttosto, è affidato all'autonomia collettiva il compito di indicare "le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare consentite dai contratti collettivi stessi". Circa il significato di tale disposizione, la circolare 9/2004 ha precisato che le conseguenze "non devono essere di natura necessariamente economica (per esempio riposi compensativi)".

Inoltre, il decreto 276 sopprime quella norma che affidava al contratto collettivo la possibilità di prevedere un diritto del lavoratore al consolidamento nel proprio orario di lavoro, in tutto o in parte, del lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale (art. 3, 6° comma, D.lgs. 61/2000).

Da una lettura non superficiale delle nuove regole in ordine all'elasticità ed al prolungamento della prestazione, emerge, paradossalmente, un forte incentivo per le imprese, non ad aumentare, bensì a ridurre l'occupazione, intesa come quantità di lavoro offerta. Infatti, diventando molto più semplice dilatare e ridistribuire l'orario di lavoro di un lavoratore a tempo parziale, sarà conveniente fissare, all'atto della definizione del programma negoziale, un tetto orario minimale, per poi adattarlo alle variabili esigenze che si presenteranno nel corso dell'attività produttiva.

---

<sup>49</sup> PINTO, 2004a, p. 152.

<sup>50</sup> DEL PUNTA, 2004a, p. 505.



i) Il lavoro straordinario è ora ammesso anche nel *part-time* (anche a termine: v. *supra*, lett. e) di tipo non solo verticale, ma anche misto (art. 46, lett. h). La stessa nozione di lavoro straordinario viene sganciata dalle “giornate di attività lavorativa”, assumendo come unico punto di riferimento l’orario normale settimanale.

Inoltre, il decreto 276 sopprime la disposizione (art. 3, 5° comma, D.lgs. 61/2000) che riproporzionava, “in relazione alla durata della prestazione lavorativa a tempo parziale”, i limiti trimestrale ed annuale di cui alla legge 27 novembre 1998, n. 409 (limiti dei quali, nel frattempo, soltanto il secondo era rimasto in vita alla luce della disciplina introdotta dall’art. 5, D.lgs. 66/2003).

l) In materia di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (v. art. 46, lett. o), è soppresso il riferimento all’assistenza sindacale e l’unica sede idonea ad avallare tale modifica negoziale diviene dunque la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio.

Nella precedente formulazione dell’art. 5, D.lgs. 61/2000, era invece previsto - almeno secondo l’interpretazione più razionale della norma - che le due modalità di perfezionamento dell’accordo fossero tra loro alternative. Rispetto a tale assetto normativo, aver individuato, quale unica sede idonea ad avallare il patto di trasformazione, quella amministrativa, se può apparire discutibile sotto il profilo di politica del diritto, quanto meno non desta incertezze sul piano delle conseguenze applicative.

Inoltre, nell’ipotesi di assunzione di personale a tempo parziale, la disciplina del 2000 prevedeva che il datore di lavoro fosse tenuto ad informare tempestivamente il personale già dipendente a tempo pieno, occupato in unità produttive site nel medesimo ambito comunale, e a prendere in considerazione le eventuali domande di trasformazione del rapporto di quei dipendenti *full-time* che volessero appunto passare all’orario ridotto (art. 5, 2° comma, D.lgs. 61/2000). La norma - si badi - non determinava alcun automatico diritto di precedenza per i lavoratori che presentavano domanda di trasformazione. Il datore di lavoro poteva, infatti, respingere la domanda di trasformazione, ma in tal caso era tenuto a darne ‘adequata’ motivazione, su richiesta del lavoratore: si trattava della soluzione accolta nella maggior parte dei Paesi dell’Unione europea, sia pure con varie ed interessanti sfumature<sup>51</sup>.

Il decreto 276 si preoccupa di rimuovere l’onere di fornire una simile motivazione, rimettendo così al mero arbitrio datoriale la possibilità del lavoratore a tempo pieno di ottenere la trasformazione del rapporto, al di fuori di qualunque sindacabilità giudiziale delle scelte imprenditoriali<sup>52</sup>.

m) Con riferimento alla trasformazione in senso inverso, ossia da *part-time* a *full-time*, l’art. 46, lett. o), ha rimosso il diritto di precedenza, riconosciuto - in caso di assunzione di personale a

<sup>51</sup> Al momento della trasposizione della Direttiva 1997/81/CE del 15 dicembre 1995, nei vari Paesi dell’U.E., anche alla luce del ruolo prioritario attribuito al *part-time* nell’ambito della strategia europea per l’occupazione, si è accesa una discussione intorno all’opportunità di configurare una sorta di ‘diritto al *part-time*’, anche e soprattutto al momento della richiesta del lavoratore a tempo pieno di trasformare il rapporto (su cui v. la clausola 5, punto 3, della direttiva); per un panorama comparato, può rinviarsi ad AA.Vv., 2000 e DAUGAREILH-IRIART, 2005.

<sup>52</sup> Di contro, un vero e proprio diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale è stato introdotto (v. art. 46, lett. t) nella circoscritta ipotesi di lavoratori “affetti da patologie oncologiche, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita”. Peraltro, in questo caso la trasformazione è reversibile, in quanto lo stesso lavoratore ha diritto, nel corso del tempo, a richiedere il passaggio a tempo pieno.

tempo pieno - al lavoratore a tempo parziale adibito ad unità produttive della medesima impresa, collocate entro 50 KM dall'unità interessata alla futura assunzione (art. 5, 2° comma, D.lgs. 61/2000).

È stata lasciata al contratto individuale la possibilità di riconoscere tale diritto: come è stato osservato, ciò "equivale a poco più di un memento, svuotato di un'effettiva portata precettiva"<sup>53</sup>.

L'eventuale clausola introdotta dalle parti, tesa a riconoscere il diritto di precedenza, è ancora assistita dalla sanzione economica di cui all'art. 8, 3° comma, D.lgs. 61/2000, che prevede il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in misura corrispondente alla differenza fra l'importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio al tempo pieno nei sei mesi successivi a detto passaggio.

n) Quanto al regime sanzionatorio (art. 8, D.lgs. 61/2000), è stata modificata la norma che regola la mancata indicazione, nel contratto *part-time*, della collocazione temporale dell'orario: permane il potere del giudice di stabilire "le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale", ma il parametro di riferimento della determinazione giudiziale diventa quello della contrattazione collettiva regolante le "condizioni e modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale della prestazione lavorativa", ovvero "variare in aumento la durata della prestazione lavorativa" (art. 46, lett. r)<sup>54</sup>.

Ciò significa che "un rapporto caratterizzato da un profilo di illiceità" (nel caso estremo un *part-time* del tutto privo di qualunque indicazione della collocazione temporale dell'orario) è sanzionato "rimanendo all'interno delle tipologie «flessibili» del *part-time*", di fatto ed illecitamente, realizzatosi<sup>55</sup>.

o) Infine, l'art. 85, 2° comma, ha eliminato l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare alla competente Direzione provinciale del lavoro l'avvenuta assunzione a tempo parziale mediante invio di copia del relativo contratto entro trenta giorni dalla sua stipulazione (v. art. 2, 1° comma, D.lgs. 61/2000)<sup>56</sup>. Il legislatore delegato, tuttavia, ha trascurato di intervenire sulla sanzione prevista dall'art. 8, 4° comma, D.lgs. 61/2000 per la violazione di tale obbligo: al riguardo, si può ritenere implicitamente abrogata (come sostenuto pure nella circolare 9/2004) la norma secondaria, in conseguenza del venir meno della norma primaria, anche alla luce dell'art. 85, 1° comma, lett. i), del decreto, che abroga "tutte le disposizioni legislative e regolamentari" con esso incompatibili.

<sup>53</sup> DEL PUNTA, 2004a, p. 522. Per di più, la soppressione del riconoscimento legale di tale diritto porta con sé il venir meno dei criteri di priorità sanciti dal D.lgs. 61/2000 (art. 5, 2° comma). Pertanto, se i lavoratori a tempo parziale (con contratti egualmente muniti della predetta clausola), che aspirano al posto a tempo pieno, siano in numero superiore al numero di assunzioni programmate dal datore di lavoro, "la graduatoria dei passaggi diviene funzionale alle sole esigenze del datore di lavoro" (BROLLO, 2004, p. 163), fatti salvi i temperamenti derivanti dai generali principi di correttezza e buona fede.

<sup>54</sup> In mancanza di previsioni dei contratti collettivi, "utili a determinare la collocazione della prestazione", la circolare ministeriale precisa che "dovrà tenersi conto delle responsabilità familiari del lavoratore, della necessità che questi possa avere di integrare il reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa nonché delle esigenze organizzative del datore di lavoro".

<sup>55</sup> DEL PUNTA, 2004a, pp. 491-492.

<sup>56</sup> Secondo la dottrina, l'abrogazione dell'obbligo di comunicazione alla D.P.L. si giustifica "nel quadro della nuova disciplina introdotta dall'art. 6, 2° co., d.lgs. 297/2002, che ha previsto [...] un obbligo «unificato» di comunicazione contestuale dell'avvenuta assunzione - anche a tempo parziale - ai Centri per l'impiego" (DEL PUNTA, 2004a, pp. 488-489; in senso conforme, BROLLO, 2004, p. 167).

## 2. Il lavoro intermittente

### 2.1. L'alternanza fra prestazione e disponibilità e i suoi riflessi sulla disciplina applicabile

La versione estrema di un assetto contrattuale nel quale il tempo di lavoro rappresenti un elemento indeterminato, ovvero sia determinabile all'occorrenza, in funzione delle contingenti e variabili esigenze produttive dell'impresa, è costituito dalla neonata figura del lavoro intermittente, consistente nel contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente (secondo il combinato disposto degli art. 33, 1° comma e 34, 1° comma).

Preliminarmente, occorre esplorare la nozione di prestazione discontinua o intermittente, che però il legislatore non si preoccupa di specificare: in particolare, non vi è alcun criterio di misura dell'alternanza fra lavoro e non lavoro, ossia fra prestazione e disponibilità, in grado di *connotare* la nuova fattispecie. Allora, in assenza di una *misura* che definisca il lavoro intermittente (impossibile da predeterminare perché è il datore di lavoro a dettare volta per volta il 'ritmo' della alternanza fra lavoro e non lavoro), l'intermittenza, più che un elemento costitutivo della nuova figura negoziale, rappresenta piuttosto una modalità di utilizzo della relativa prestazione.

In passato, l'espressione 'lavoro a chiamata' è stata comunemente impiegata con riferimento al *part-time* provvisto di clausola elastica (o flessibile, occorre aggiungere alla luce delle modifiche del 2003: v. *supra*, § 1.3, lett. b), ma ciò non deve indurre a ritenere che il lavoro intermittente ne sia una mera duplicazione.

Infatti, da un lato, la disponibilità che il lavoratore intermittente presta non necessariamente è a tempo parziale, in quanto egli potrebbe essere chiamato per una durata corrispondente al normale orario di lavoro (e quindi a tempo pieno)<sup>57</sup>. Dall'altro lato, poi, il lavoratore a tempo parziale, a fronte di un tempo minimo oggettivato che costituisce il suo regime orario, ove accetti la modalità flessibile o elastica, si espone, ma nel rispetto di determinati vincoli, al potere di variare la collocazione temporale e/o la durata) della propria prestazione. Si tratta, cioè, di una forma di *ius variandi*, riferito al tempo di lavoro, rispetto al quale scatta il problema di tutelare il lavoratore da un uso incontrollato del potere datoriale.

Di contro, la condizione del lavoratore intermittente in attesa di chiamata, rimette nelle mani del datore la facoltà di determinare, volta per volta, non solo il *quomodo* o il *quantum*, ma addirittura l'*an* della prestazione altrui. Nel caso dello *ius variandi*, la variazione presuppone l'esistenza di un oggetto da variare; qui, invece, quell'oggetto manca. Non c'è un tempo di lavoro da modificare (nella sua estensione o distribuzione). Il tempo di lavoro rimane assoggettato, per così dire, ad uno *ius creandi*<sup>58</sup> da parte del datore di lavoro.

Si potrebbe obiettare che non è la prima volta che il legislatore prevede l'assunzione di un obbligo di mera disponibilità da parte del lavoratore, compensato con apposita indennità (sulla quale v. *infra*, §2.3). È quanto accade, infatti, nella fattispecie (invero assai poco diffusa nella prassi) del lavoro interinale a tempo indeterminato (cfr. art. 4, 3° comma, L. 196/1997, e, oggi, con riferimento al contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato, art. 22, 3° comma, D.lgs. 276/2003).

---

<sup>57</sup> BELLOCCHI, 2003, p. 195.

<sup>58</sup> BAVARO, 2004a, p. 219.

Non a caso il *Libro Bianco* considerava il lavoro intermittente, “non tanto come sottospecie del *part-time*, bensì come ideale sviluppo del lavoro temporaneo tramite agenzia”. Tale operazione classificatoria sembrava finalizzata, in prima battuta, ad aggirare l’ostacolo rappresentato dal divieto di assoggettare il lavoratore a tempo parziale ad un potere di chiamata esercitabile *ad libitum*, ricavabile dal noto orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di clausole elastiche (v. *supra*, §1.3, lett. d).

L’accostamento al lavoro temporaneo serviva pure ad anticipare la configurazione di un rapporto negoziale nel quale si scambia disponibilità *versus* un trattamento indennitario, e solo eventualmente, lavoro contro retribuzione.

Si può riconoscere, in effetti, una certa affinità tra le due figure negoziali<sup>59</sup>, accomunate dalla possibilità di ravvisare nella mera disponibilità o reperibilità “uno dei modi di adempimento dell’obbligo lavorativo”<sup>60</sup>.

Non mi pare, però, che tale possibilità determini un allargamento dei tradizionali confini della subordinazione, in quanto “già nella normale definizione del rapporto obbligatorio di cui all’art. 2094 c.c. la prestazione può essere riguardata distinguendo due lati, l’uno attinente allo stare a disposizione, l’altro relativo alla sua proiezione applicativa, ossia lo svolgere la prestazione lavorativa”<sup>61</sup>.

Può sostenersi che il lavoro a chiamata si muova all’interno del lavoro subordinato *standard* (che, dunque, lo *contiene*), ma nella veste di “sottotipo negoziale [...] ovvero nei termini tecnici della specialità”, posto che “il puro tenersi a disposizione [...] non individua un semplice presupposto dell’adempimento dell’obbligo (ovvero una situazione di pre-adempimento), ma lo esaurisce (nel senso che soddisfa l’obbligazione principale)”<sup>62</sup>.

Il punto è che nella disciplina del lavoro intermittente, l’*essere a disposizione* determina l’inapplicabilità dello statuto protettivo della subordinazione (come si desume chiaramente dall’art. 38, 3° comma, D.lgs. 276/2003), il quale opera in funzione della volontà datoriale di fruire della prestazione: di fatto, viene - in tal modo - attribuito “al datore di lavoro il potere di creare la condizione per il godimento dei diritti del lavoro”<sup>63</sup>.

É vero che anche nella disciplina del lavoro temporaneo (oggi lavoro somministrato) a tempo indeterminato, nei periodi di attesa il prestatore fruisce, sul piano economico, esclusivamente di una indennità di disponibilità. Non vi è, però, nessuna disposizione che neghi al lavoratore, nei periodi di disponibilità, ogni altro “diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati”. Anzi, nel caso di

<sup>59</sup> Peraltro, sul piano pratico, “i due «lavori» vivono la medesima incertezza nella distribuzione dei tempi di lavoro e dei tempi di attesa di lavoro” (GOTTARDI, 2004, p. 472).

<sup>60</sup> Così SPEZIALE, 1999, p. 1283, con riferimento al lavoro interinale.

<sup>61</sup> PERULLI, 2004, p. 139. In una prospettiva non dissimile, si è evidenziata la piena riconducibilità della facoltà datoriale di chiamata del lavoratore intermittente al generale potere direttivo del creditore della prestazione di lavoro *ex art.* 2094 c.c. (BONI, 2005, p. 125 ss.); anzi, “il lavoratore intermittente appare per molti versi un lavoratore subordinato *par excellence*, giacché la sua prestazione realizza la massima adattabilità alle esigenze dell’organizzazione aziendale modellate dall’imprenditore” (BOLLANI, 2005, p. 415).

<sup>62</sup> PERULLI, 2004, p. 137.

<sup>63</sup> BAVARO, 2004a, p. 223.

somministrazione a tempo indeterminato, il rapporto tra somministratore e prestatore è espressamente assoggettato “alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali” (art. 23, 1° comma)<sup>64</sup>.

Quest’ultima previsione conferma quanto la migliore dottrina ha evidenziato, con riferimento alla fattispecie del lavoro interinale *sine die*; si è detto che “la mancata esecuzione della prestazione non esclude che il rapporto sia in vita e che pertanto gravino sulle parti i rispettivi diritti e doveri, tranne quelli che presuppongono l’esecuzione concreta del lavoro”<sup>65</sup>.

Allora, perché mai un lavoratore intermittente, nei periodi di disponibilità, non dovrebbe fruire delle medesime garanzie di un lavoratore titolare di un contratto di lavoro somministrato?

In definitiva, nulla giustifica l’irrelevanza giuridica della disponibilità offerta dal lavoratore intermittente (sancita - come detto - dall’art. 38, 3° comma, e ribadita dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 4 del 3 febbraio 2005<sup>66</sup>): là dove c’è la *fattispecie* del lavoro subordinato, non possono non essercene anche gli *effetti*, perlomeno quelli compatibili con lo stato di mera attesa. Peraltro, almeno sul piano letterale, la norma non esclude che nella fase di attesa operino “i doveri tipici dei lavoratori subordinati”<sup>67</sup> (si pensi, per tutti, all’obbligo di fedeltà ex art. 2105 c.c.).

Allora, non pare esservi altra strada, se non quella, per il futuro legislatore, di abrogare l’art. 38, 3° comma, ovvero per il giudice delle leggi di dichiararne l’incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza.

Stessa sorte meritano quelle disposizioni che configurano “la fase di attesa come una fase strutturalmente diversa dalla fase di esecuzione”, sottoponendola “a regole diverse da quelle che governano un ordinario rapporto di lavoro subordinato”<sup>68</sup>.

Si pensi agli effetti della malattia del lavoratore che intercorre durante il periodo di attesa: secondo l’art. 36, 4° comma, nel periodo di temporanea indisponibilità “non matura il diritto alla indennità di disponibilità”. Tale disposizione sovverte un principio secolare della nostra materia, ossia l’imputazione in capo al datore di lavoro del rischio dell’impossibilità sopravvenuta derivante da causa non imputabile al lavoratore (art. 2110 c.c.).

Solo concependo la condizione di disponibilità come qualcosa di ‘ontologicamente’ diverso dalla prestazione di lavoro, si comprende la successiva previsione secondo cui, ove il lavoratore non informi tempestivamente il datore di lavoro della propria impossibilità a lavorare, “perde il diritto all’indennità di disponibilità per un periodo di quindici giorni” (art. 36, 5° comma).

Come è evidente, una simile norma ‘rifiuta’ programmaticamente di confrontarsi con il diritto comune del lavoro.

---

<sup>64</sup> Lo rileva NAPPI, 2003, p. 539.

<sup>65</sup> SPEZIALE, 1999, p. 1283.

<sup>66</sup> Vedila in *Dir. e pratica lav.*, 2005, p. 529.

<sup>67</sup> Pur prendendo atto del silenzio legislativo, vi è chi ritiene che “si debba escludere il permanere di obblighi in capo al lavoratore per la totale quiescenza del rapporto” (MATTAROLO, 2004, p. 66).

<sup>68</sup> ROMEI, 2004, p. 431. Altra dottrina rimuove “il problema [...] della qualificazione delle prestazioni del lavoratore durante il periodo di attesa della chiamata da parte del datore di lavoro, impropriamente definito di *disponibilità*”, sostenendo che il nuovo istituto non dia vita ad un contratto di lavoro, bensì ad un contratto preliminare, con il quale le parti “si impegnano a stringere successivamente un dato rapporto di lavoro tra loro, di natura subordinata”, “allorché se ne dovesse presentare l’occasione propizia” (CIRIOLI, 2005, p. 975).

Essa, infatti, da un lato, sembra introdurre una sorta di sanzione disciplinare in misura fissa, a fronte di un'infrazione (se così si può dire), la cui gravità, in concreto, può essere assai diversa. Essere tenuti ad informare 'tempestivamente' il proprio datore di lavoro, non significa nulla di preciso, e ciò urta con il principio di tassatività della materia disciplinare. Peraltro, essere intempestivi può significare tardare di un giorno, di due, di dieci, ecc., laddove, sul piano sanzionatorio, la conseguenza del proprio comportamento, individuata dalla legge, è sempre la stessa: ciò viola apertamente il principio di proporzionalità tra sanzione e infrazione (art. 2106 c.c.).

Inoltre, si consideri che l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori fissa come *massima* sanzione pecuniaria la perdita della retribuzione, mentre la norma *de qua* prevede che il lavoratore intermittente, che sia stato intempestivo nel comunicare la propria (motivata) indisponibilità, perde il trattamento indennitario (ossia, la sua fonte di reddito nei periodi di non-lavoro) per quindici giorni: non è questa una disparità di trattamento lesiva del principio costituzionale di eguaglianza?

Alla medesima conclusione deve giungersi con riferimento alla regola valevole in caso di ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata, qualificato dal legislatore come possibile (in funzione di un giudizio sull'importanza dell'inadempimento ex art. 1455 c.c.) motivo di risoluzione del contratto, con conseguente perdita dell'indennità per il futuro<sup>69</sup>, e (addirittura) con l'obbligo - da parte del lavoratore - di corrispondere al datore "un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro"<sup>70</sup> (art. 36, 6° comma).

Trattasi di un'ipotesi di risoluzione del contratto diversa "dal normale licenziamento per inadempimento contrattuale"<sup>71</sup>, sotto il profilo della causale giustificatrice (se è vero che il rifiuto di rispondere alla chiamata è - di per sé - tipizzato come valido motivo di recesso, a prescindere dalle regole in tema giusta causa e giustificato motivo), come pure sotto il profilo delle conseguenze che ne derivano: mentre il lavoratore subordinato che si dimette in tronco (senza giusta causa) deve versare solo l'indennità di mancato preavviso, il lavoratore intermittente che non risponda alla chiamata, ad una singola chiamata (sia pure ingiustificatamente), è tenuto a risarcire il danno!

## 2.2. I presupposti di ammissibilità del lavoro a chiamata

Dalla disciplina dettata dai primi due commi dell'art. 34 del decreto 276 emergono tre distinti *casi di ricorso al lavoro intermittente*, così differenziati tra loro da mettere in discussione la stessa

<sup>69</sup> Per la verità, la norma impone "la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto". Orbene, affinché il lavoratore possa *restituire* tale quota, occorre ipotizzare una modalità di pagamento, in qualche modo anticipata. Ma una simile modalità di erogazione dell'indennità (alternativa alla tradizionale regola della post-numerazione) sarebbe ben strana: infatti, la misura dell'indennità (come pure quella della retribuzione) non può essere determinata *ab origine*, salvo che il datore non abbia stabilito in anticipo - per quel mese - il tempo di lavoro e il tempo di attesa del lavoratore.

<sup>70</sup> Come è stato limpidamente osservato, il riferimento alla 'congruità' del risarcimento fa comprendere "come non si tratti di risarcimento del danno ma piuttosto di una sanzione civile: il risarcimento del danno è per definizione il ristoro del patrimonio leso [...] e non può, allora, che essere congruo" (DE ANGELIS, 2004, p. 890).

Inoltre, tale riferimento potrebbe evocare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. che affida al giudice il potere di ridurre l'ammontare della penale concordato tra le parti, ove questo sia "manifestatamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento"; in tal senso, v. ROMEI, 2004, p. 432; NAPPI, 2003, p. 540. L'unico contratto collettivo che si è, finora, occupato del lavoro intermittente (*Alimentari - Piccola e media industria*, 6.5.2004), quantifica il predetto risarcimento nell'importo "corrispondente alle quote orarie di indennità di disponibilità relative al periodo di prestazione rifiutata".

<sup>71</sup> MATTAROLO, 2004, p. 53; di una "speciale figura di recesso", parla ROMEI, 2004, p. 433.

“unitarietà” tipologica della nuova figura negoziale<sup>72</sup>.

a) In primo luogo, è ammesso il lavoro a chiamata in presenza di esigenze individuate dalla contrattazione collettiva ovvero, “in via provvisoriamente sostitutiva”, con decreto del Ministero del Lavoro, da adottarsi secondo l’iter procedurale indicato dall’art. 40<sup>73</sup>.

Quest’ultima disposizione, rubricata *sostegno e valorizzazione dell’autonomia collettiva*, in realtà non sostiene l’autonomia collettiva, bensì ne indebolisce la tradizionale funzione autorizzatoria<sup>74</sup>: infatti, alla luce del quadro legale, la mediazione sindacale non è qui condizione indispensabile per il ricorso ad uno schema negoziale flessibile, posto che - in mancanza di accordo - è l’autorità amministrativa a poter individuare i “casi” di legittimo utilizzo del nuovo istituto.

In assenza di pattuizioni collettive (con l’unica eccezione costituita dall’accordo di rinnovo del c.c.n.l. piccola e media industria alimentare, datato 6 maggio 2004<sup>75</sup>), ove compare una regolamentazione delle *ipotesi ammesse*, individuate nelle “esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, per le quali non sia possibile stipulare contratti a tempo parziale, per l’impossibilità o comunque la difficoltà di predeterminare i periodi di prestazione lavorativa”), il potere sostitutivo è stato concretamente esercitato con il decreto ministeriale del 23 ottobre 2004<sup>76</sup>.

Benché il Ministro si sia affannato a ribadire il carattere ‘provvisorio’ e ‘transitorio’ della propria determinazione, operata “in attesa delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi”, è bene precisare che, siccome la fonte negoziale abilitata dall’art. 40, D.lgs. 276/2003 è il c.c.n.l., affinché il provvedimento ministeriale perda qualsiasi efficacia regolativa è necessario che *in ogni categoria* il contratto collettivo si ‘riappropri’ della determinazione fino ad oggi lasciata alla decretazione ministeriale.

Tale circostanza ci impone, a maggior ragione, di ‘prendere sul serio’ l’intervento del Ministro. In verità, è difficile soffocare lo stupore di fronte ad un provvedimento che utilizza la ‘antica’ tabella di cui al R.D. 6 dicembre 1923, n. 2657, quale “parametro di riferimento oggettivo per la messa a regime dell’istituto del lavoro intermittente”<sup>77</sup>.

Nella fretta di supplire all’inerzia dell’autonomia collettiva e di consentire l’operatività del nuovo istituto, il Ministro si è lasciato ingannare dall’assonanza, puramente lessicale<sup>78</sup>, fra la ‘discontinuità’ delle prestazioni di lavoro a chiamata, e la ‘discontinuità’ delle “occupazioni” escluse dalla

<sup>72</sup> In tal senso, v. ALES, 2004.

<sup>73</sup> L’art. 10, D.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 ha riscritto il 1° comma dell’art. 34 del decreto 276, rimuovendo l’evidente difetto di coordinamento fra l’originaria versione di tale disposizione e quella contenuta nell’art. 40 dello stesso decreto 276: per un sintetico quadro dei vari profili di contrasto, o quanto meno, di frizione, tra le due norme, v. GOTTARDI, 2004, pp. 481-483, nonché MATTAROLO, 2004, pp. 78-79.

<sup>74</sup> Il meccanismo dell’intervento ministeriale in sostituzione della contrattazione collettiva rimasta inerte è già contemplato in precedenti disposizioni: v. art. 11, L. 197/1996 e art. 17, 2° comma, D.lgs. 66/2003.

<sup>75</sup> In *Guida al lav.*, 2004, n. 38, p. 66.

<sup>76</sup> Pubblicato in *Gazz. Uff.*, n. 259 del 4 novembre 2004.

<sup>77</sup> Occorre segnalare che, secondo quanto chiarito nella circolare del Ministero del Lavoro n. 4/2005, il rinvio operato dal D.M. 23 ottobre 2004 deve intendersi soltanto all’elenco dei lavori discontinui o di semplice attesa o custodia, e non all’intero regio decreto del ‘23”.

<sup>78</sup> Si è parlato, giustamente, di norma “ad orecchio” (A. VALLEBONA, 2004b, p. 249). In chiave critica nei confronti del provvedimento ministeriale, v. PELLACANI, 2005, p. 9; MATTAROLO, 2005, pp. 119-120.

applicazione, originariamente, della limitazione dell'orario sancita dall'art. 1, dal R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692, ed ora del limite di durata (normale) settimanale dell'orario fissata (in 40 ore) dall'art. 3, D.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (cfr. art. 16, 1° comma, lett. d, D.lgs. 66/2003).

Nella normativa del '23 i lavori discontinui o di semplice attesa o custodia individuano quelle attività "caratterizzate da una ridotta intensità lavorativa"<sup>79</sup>, tale da non richiedere un continuo e costante dispendio di energie psico-fisiche, il che riduce (ma non annulla) i rischi di pregiudizio per la sua salute. Il legislatore del '23, come quello del 2003, ne fa menzione nella specifica ed esclusiva prospettiva di operare una deroga ai vincoli in tema di durata (giornaliera o settimanale che sia) del tempo di lavoro.

In sostanza, nel caso dei lavori discontinui o di semplice attesa o custodia, il lavoratore si trova sempre e comunque al lavoro, pur senza svolgere una costante ed assidua attività di sforzo.

Nella fattispecie del lavoro a chiamata, la questione è completamente diversa. Si tratta, infatti, di una relazione contrattuale che comporta un'alternanza secca fra lavoro e non lavoro.

Se negli intervalli tra una chiamata ed un'altra il lavoratore intermittente non è "al lavoro", nei periodi in cui è chiamato a lavorare, il egli svolge normalmente la propria attività ad una intensità *standard*, tanto è vero che il legislatore non ha previsto alcuna deroga alla disciplina sulla durata massima della prestazione<sup>80</sup>.

Se poi si guarda concretamente l'elenco di figure professionali contenuto nel R.D. 2657/1823, l'accostamento con il lavoro intermittente suscita davvero incredulità. Al di là di quelle ormai obsolete (ad esempio, i fuochisti di treno ovvero il personale dei manicomi), la tabella contempla attività che, a ben vedere, rappresentano la *negazione* della intermittenza, nel senso delineato dagli artt. 33 e ss. del decreto 276.

Infatti, il custode, il guardiano, il portinaio, il sorvegliante, il centralinista, lo stalliere o l'addetto al governo dei cavalli, ecc., se lavorassero su chiamata del datore, lascerebbero, per così dire, sguarnita la postazione nei periodi di non lavoro. In altri termini, si tratta di soggetti che adempiono la propria obbligazione attraverso la necessaria presenza sul luogo di lavoro: è assolutamente illogico ipotizzare che la loro prestazione debba di volta in volta attivarsi a seguito di apposita chiamata<sup>81</sup>.

Al di là delle singole figure professionali evocate attraverso il rinvio alla normativa del '23, è il *metodo* adottato dal Ministero a risultare in sé scorretto: il legislatore, infatti, demanda alla contrattazione collettiva, o - in alternativa - alla decretazione ministeriale, il compito di determinare le *esigenze* che legittimano il ricorso al lavoro intermittente (da individuarsi, evidentemente, con riferimento all'organizzazione dell'impresa) e non piuttosto le *qualifiche* o le *mansioni* dei lavoratori chiamati a stipulare tali contratti. Del resto, "non esistono [...] prestazioni «ontologicamente»

<sup>79</sup> BOLEGO, 2004, p. 68.

<sup>80</sup> Ne è consapevole lo stesso Ministro, allorquando, nella richiamata circolare n. 4/2005, sostiene che al lavoro a chiamata trovi pacificamente applicazione, nei periodi in cui il prestatore svolge la propria attività, "la normativa di legge e di contratto collettivo applicabile, con specifico riferimento alla disciplina in materia di orario di lavoro".

<sup>81</sup> Quanto mai opportuno appare l'esempio riportato da MATTAROLO, 2004, pp. 26-27: "il lavoro del centralinista è discontinuo ma certo non richiede e non può richiedere una chiamata del datore di lavoro ogni volta che arriva la telefonata".



intermittenti, ma l'intermittenza o la discontinuità riguardano inevitabilmente le modalità di svolgimento della prestazione"<sup>82</sup>.

L'intermittenza non va confusa neppure con la *temporaneità*, nel senso dell'apposizione di una scadenza alla durata del rapporto. Sul punto, appare quanto mai discutibile la precisazione operata dal Ministero del Lavoro (nella richiamata circolare) in riferimento all'assunzione del lavoratore intermittente a tempo determinato: secondo il Ministro, qui non sarebbe "applicabile la disciplina del decreto legislativo n. 368 del 2001", non solo in quanto "non espressamente richiamata" dal decreto 276<sup>83</sup>, ma anche perché "le ragioni che legittimano la stipulazione del contratto a termine" - nel caso del lavoro intermittente - sarebbero quelle "espressamente indicate dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva".

In realtà, il ricorso al lavoro intermittente non ha in sé nulla di temporaneo. Alle esigenze produttive che qualificano come discontinua o intermittente una prestazione lavorativa, possono eventualmente sommarsi, in via del tutto autonoma, ulteriori motivazioni che rendano quella prestazione anche temporanea. Allora, queste ultime non potranno che essere le "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" ex art. 1 D.lgs. 368/2001.

b) In secondo luogo, il lavoro intermittente è previsto "per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali" (art. 34, 1° comma).

All'indomani dell'entrata in vigore del decreto 276, ci si è chiesti se per attivare questa ipotesi di lavoro intermittente dovessero comunque ricorrere le esigenze previste dalla contrattazione collettiva, o - in mancanza - dal provvedimento ministeriale. In altri termini, il dubbio avanzato in dottrina è che quella coincidente con i 'periodi predeterminati' non fosse "una fattispecie a sé stante" di lavoro a chiamata, ma piuttosto "una particolare modalità di atteggiarsi del contratto standard"<sup>84</sup>.

Recependo quanto il Dicastero del *Welfare* aveva sostenuto in una nota del 12 luglio 2004<sup>85</sup>, l'art. 10, D.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (che ha riformulato il 1° comma dell'art. 34, Dlgs. 276) ha fornito al lavoro intermittente per periodi predeterminati una configurazione ormai pienamente autonoma rispetto all'ipotesi di tipo causale: a quest'ultima, la norma *affianca* altra e distinta ipotesi, in cui la coincidenza temporale con particolari periodi dell'anno giustifica - *di per sé e oggettivamente* - l'impiego del nuovo schema negoziale flessibile<sup>86</sup>.

Si tratta di periodi nei quali, secondo il successivo art. 37, l'indennità di disponibilità è corrisposta

<sup>82</sup> NUZZO, 2005, p. 11.

<sup>83</sup> In verità, la circostanza del mancato rinvio alla normativa sul lavoro a termine dice poco o nulla: come è stato correttamente osservato, "la deroga alla disciplina generale in materia di contratto a tempo determinato avrebbe dovuto essere esplicita" (ROMEI, 2004, p. 424), altrimenti quella disciplina, proprio in quanto generale, non può che trovare applicazione (*contra* SCORCELLI, 2003, p. 872; VINCIGERI, 2005, p. 130). Per di più, i rapporti di lavoro a termine ai quali non si applica tale disciplina sono tassativamente elencati all'art. 10, 1° comma, D.lgs. 368/2001: il legislatore del 2003 avrebbe dovuto necessariamente modificare tale disposizione, se avesse voluto sottrarre la nuova figura negoziale del lavoro intermittente alla disciplina generale del lavoro a termine.

<sup>84</sup> ROMEI, 2004, p. 436.

<sup>85</sup> La nota in questione (emanata in risposta ad un quesito posto dalla Federazione italiana pubblici esercizi) è pubblicata in *Dir. e pratica lav.*, 2004, 2036.

<sup>86</sup> MATTAROLO, 2005, p. 118; nello stesso senso, RAUSEI, 2004, p. XVIII.

al lavoratore “solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro”: a fugare ogni dubbio interpretativo, il Ministero - nella richiamata circolare - ribadisce che “in tali casi il datore di lavoro è tenuto a corrispondere l’indennità di disponibilità per tutto il periodo di inattività precedente e posteriore alla chiamata stessa”, mentre “nell’eventualità in cui [...] il datore di lavoro non effettui alcuna chiamata per tutta la durata del contratto non è tenuto a corrispondere al lavoratore alcuna indennità”.

Trattasi di una previsione a dir poco singolare, concepita - evidentemente - al fine di agevolare ulteriormente le imprese, tutelando dal rischio che la prestazione lavorativa, per quei determinati periodi, possa risultare del tutto superflua.

In sostanza, il lavoro intermittente “per periodi predeterminati” rappresenta una “fattispecie intermedia”<sup>87</sup> tra il contratto con obbligo di rispondere alla chiamata e quello privo di tale vincolo in capo al lavoratore (v. *infra*, §2.4). Del primo condivide, appunto, la sussistenza dell’obbligo, del secondo, condivide il venir meno del diritto all’indennità di disponibilità (salvo che il datore di lavoro decida di esercitare il potere di chiamata). Il risultato è che il lavoratore può trovarsi vincolato alla disponibilità, senza riceverne alcun corrispettivo: mi pare che ciò basti per invocare nuovamente il soccorso del giudice delle leggi.

Peraltro, nella determinazione dei periodi in questione, il legislatore è alquanto vago, se è vero che “fine settimana”, “vacanze natalizie e pasquali”, e - soprattutto - “ferie estive”, sono frazioni temporali dall’incerta (se non oscura) collocazione temporale.

La circolare ministeriale n. 4/2005 si preoccupa di colmare, in via interpretativa, tale lacuna, con una “irrefrenabile ed arbitraria inventiva [...], per nulla supportata dal dato legale”<sup>88</sup>: così apprendiamo che per “week-end” deve intendersi “il periodo che va dal venerdì pomeriggio, dopo le ore 13.00, fino alle ore 6.00 del lunedì mattina”; per “vacanze natalizie”, “il periodo che va dal 1° dicembre al 10 gennaio”; per “vacanze pasquali”, “il periodo che va dalla domenica delle Palme al martedì successivo il Lunedì dell’Angelo”; e, *dulcis in fundo*, per “ferie estive”, “i giorni compresi dal 1° giugno al 30 settembre” (addirittura ben oltre la nozione astronomica di estate).

Si comprende appieno il senso dell’operazione avviata con l’art. 10, D.lgs. 251/2004: valorizzare, fino in fondo, quella modalità di ricorso al lavoro intermittente, che sembrava nascosta fra le pieghe del decreto 276, e che ora emerge in tutta la sua preoccupante rilevanza, anche alla luce della dilatazione, quasi paradossale, dei periodi in cui vi si può fare ricorso.

Come se non bastasse, si affida alla contrattazione collettiva la facoltà di prevedere “ulteriori periodi predeterminati”, in cui rendere operante il singolare meccanismo voluto dal legislatore.

c) La terza ipotesi nella quale si ammette il ricorso al lavoro intermittente è di carattere *soggettivo*: si tratta del contratto concluso “per prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche pensionati” (art. 34, 2° comma, D.lgs. 276/2003, come sostituito dall’art. 1-*bis*, D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con L. 14 maggio 2005, n. 80).

<sup>87</sup> BONI, 2005, pp. 124-125.

<sup>88</sup> È il giudizio, sbrigativo ma condivisibile, di BOLLANI, 2005, p. 432, nt. 101.

Dunque, grazie alla riformulazione operata dal c.d. 'Pacchetto competitività', scompare ogni riferimento al carattere sperimentale della previsione normativa e soprattutto alla condizione di svantaggio occupazionale del soggetto da assumere con contratto di lavoro intermittente<sup>89</sup>: l'unico requisito soggettivo richiesto è quello puramente anagrafico, che peraltro risulta essere scarsamente selettivo, investendo una fascia enorme della popolazione in età lavorativa.

Infine, va rilevato che il ricorso al lavoro a chiamata è sempre precluso nei casi tassativamente elencati dall'art. 34, 3° comma, assolutamente coincidenti con quelli in cui è vietato il contratto di somministrazione di lavoro (art. 20, 5° comma).

Manca, tuttavia, qualsiasi indicazione circa le conseguenze scaturenti dalla stipulazione di un contratto di lavoro intermittente al di fuori dei tre casi ammessi dalla legge (v. *supra*), ovvero contravvenendo ai divieti legali<sup>90</sup>.

Del resto, "in tutta la normativa sul lavoro intermittente non c'è una sola disposizione sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro"<sup>91</sup>, a cominciare dal 'silenzio' legislativo circa il mancato rispetto dei vincoli di forma ex art. 35. Tale norma, con una espressione di incerto significato<sup>92</sup> (che, peraltro, la circolare ministeriale non si è preoccupata di interpretare), si limita ad imporre che il contratto di lavoro intermittente sia stipulato in forma scritta ai fini della prova di una serie di elementi ivi elencati, sovrapponendo e confondendo - in tal modo - "i requisiti di forma del contratto, da un lato, e gli obblighi di comunicazione al lavoratore degli elementi o delle condizioni del rapporto, dall'altro"<sup>93</sup>.

### 2.3. Il trattamento economico-normativo del lavoratore intermittente

La scissione fra tempo di lavoro e tempo di disponibilità si riverbera - come detto - sulla disciplina applicabile (v. *supra*, §2.1), e dunque sul trattamento economico-normativo spettante al lavoratore.

Nella fase di attesa, l'obbligo contrattuale alla disponibilità trova il suo corrispettivo in un'apposita indennità mensile, la misura della quale è stabilita dai contratti collettivi e comunque non può essere inferiore alla soglia fissata (e aggiornata periodicamente) con decreto ministeriale (art. 36, 1° comma).

Si tratta della medesima soluzione normativa adottata per il lavoro somministrato a tempo indeterminato (v. art. 22, 3° comma, D.lgs. 276/2003), come pure, a suo tempo, per il lavoro interinale a tempo indeterminato (v. art. 4, 3° comma, L. 24 giugno 1997, n. 196).

---

<sup>89</sup> Nel testo originario, si faceva riferimento a "soggetti in stato di disoccupazione con meno di 25 anni di età" ovvero a "lavoratori con più di 45 anni di età", che fossero stati "espulsi dal ciclo produttivo" o che fossero "iscritti alle liste di mobilità e di collocamento".

<sup>90</sup> Di contro, per il contratto di somministrazione stipulato "al di fuori dei limiti e delle condizioni" imposte dalla legge è riconosciuta al lavoratore la facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione (art. 27, 1° comma), unitamente alla previsione (cfr. art. 18, 3° comma) di una sanzione amministrativa pecuniaria.

<sup>91</sup> MATTAROLO, 2004, p. 33.

<sup>92</sup> Non è chiaro, infatti, "se gli elementi indicati siano sufficienti ovvero se essi rappresentino il contenuto minimo necessario del contratto di lavoro che deve essere integrato con i requisiti imposti dal d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, come invero sembra preferibile" (ROMEI, 2004, p. 424).

<sup>93</sup> MATTAROLO, 2004, p. 38.

Stante la diversità esistente tra le due figure negoziali, il Ministero del Lavoro ha optato per una differente quantificazione<sup>94</sup>. Infatti, mentre l'indennità che il somministratore è tenuto a corrispondere al lavoratore in attesa di missione è stata quantificata nella misura di 350 euro mensili, l'indennità del lavoratore a chiamata è determinata nel 20%<sup>95</sup> della retribuzione<sup>96</sup> "prevista dal CCNL applicato"<sup>97</sup>.

Analogamente a quanto avviene nel lavoro somministrato a tempo indeterminato (cfr. art. 22, 3° comma), il decreto 276 esclude l'indennità di disponibilità dal "computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo" (art. 36, 3° comma; tale esclusione non operava, invece, per il lavoro interinale), ma la sottopone al prelievo contributivo (art. 36, 2° comma; per il lavoro somministrato, v. art. 25, 1° comma). Si è già detto (v. *supra*, §2.1) che l'indennità di disponibilità non compete al lavoratore nel caso di malattia che sopravvenga nel periodo di attesa.

Nella trama normativa, vi sono, dunque, argomenti per discutere a lungo circa la natura giuridica di tale indennità, nessuno dei quali, però, risulta essere decisivo.

Ove si sostenesse che l'indennità di disponibilità abbia natura retributiva, fungendo a compensare l'impegno del lavoratore di essere pronto a lavorare ove richiestogli, ne conseguirebbe "la determinabilità giudiziale ex artt. 36 Cost. e 2099 cod. civ."<sup>98</sup>. Ma se così fosse, il lavoro intermittente risulterebbe eccessivamente costoso (e la sua legalizzazione del tutto inutile): per ottenere qualche limitata *tranche* di lavoro, l'impresa dovrebbe accollarsi il 'mantenimento' del lavoratore.

Qualora si optasse per la natura meramente indennitaria di tale emolumento, sottraendolo così al confronto con il parametro costituzionale della sufficienza retributiva, si riaffaccerebbe prontamente il monito della Corte costituzionale pronunciato in tema di *part-time* elastico (sentenza 210/1992: v. *supra*, §1.3, lett. d), profeticamente qualificato - nella sua versione estrema - come *part-time* 'a chiamata' o 'a comando'.

In un rapporto contrattuale in cui è incerto l'*an* della prestazione e quindi potrebbe esservi poco lavoro e molta disponibilità (o, per assurdo, solo disponibilità), il trattamento economico corrisposto al lavoratore (retribuzione + indennità) potrebbe non garantire il principio della sufficienza. Si aggiunga a ciò l'estrema brevità del periodo legale di preavviso di chiamata (1 giorno lavorativo: v. art. 35, 1° comma, lett. b) e le pesanti conseguenze di un eventuale rifiuto (ingiustificato: e tale sarebbe quello opposto dal lavoratore nel frattempo impegnatosi in altri lavori) di

<sup>94</sup> Trattasi di due distinti decreti ministeriali, entrambi emanati in data 10 marzo 2004 e pubblicati in *Gazz. Uff.*, n. 68 del 22 marzo 2004.

<sup>95</sup> Elevata al 25% dal citato c.c.n.l. piccole e medie imprese alimentari.

<sup>96</sup> La retribuzione da assumere quale "base di riferimento" per la determinazione della indennità di disponibilità, è costituita - secondo l'art. 2 del citato D.M. - dal minimo tabellare, dall'indennità di contingenza, dall'E.D.R. e, infine, dai ratei di mensilità aggiuntive. Circa il regime fiscale dell'indennità in parola, la circolare ministeriale, allineandosi al Parere della Direzione regionale della Agenzia delle Entrate della Toscana, 28 ottobre 2004, prot. N. 2004/32340/C2, in *Guida lav.*, 2004, n. 45, p. 23, ne afferma la natura di reddito da lavoro dipendente, come del resto si evince dall'assoggettamento della stessa a contribuzione, sancito dall'art. 36, 2° comma, D.lgs. 276/2003.

<sup>97</sup> Per contratto 'applicato' deve probabilmente intendersi contratto 'applicabile'; altrimenti, il ricorso al lavoro a chiamata risulterebbe permesso soltanto a quei datori di lavoro che diano effettiva applicazione al contratto collettivo nazionale di lavoro (v. PELLACANI, 2005, pp. 11-12).

<sup>98</sup> GAROFALO, 2003, p. 5.

rispondere alla chiamata (v. *supra*, §2.1).

Ne consegue che il lavoro intermittente “non può non cadere nella tela argomentativa”<sup>99</sup> della Consulta, quando questa afferma che “sarebbe [...] certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento a un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *ad libitum*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall’attività lavorativa”.

In definitiva, “anche se le due fattispecie, lavoro intermittente e *part-time* elastico, sono diverse, non vi è dubbio che in entrambi i casi può presentarsi la stessa necessità concreta di tutelare il lavoratore che, non lavorando comunque per il tempo «normale», deve poter essere in grado di organizzare il tempo di non lavoro anche per trovare un’altra occupazione che gli consenta di raggiungere il minimo reddito sufficiente ai sensi dell’art. 36 della Costituzione”<sup>100</sup>.

Per quanto riguarda la fase di svolgimento della prestazione, al lavoratore intermittente è riconosciuto un trattamento economico e normativo “complessivamente” non inferiore “rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte” (art. 38, 1° comma).

Si tratta del c.d. *principio di non discriminazione*, ormai comune a tutti i lavori flessibili, ma per quelli conati dal decreto 276 (ossia il contratto di lavoro somministrato quale erede - ma non clone - del lavoro interinale, il lavoro intermittente e il lavoro ripartito), fatto oggetto di una nuova formulazione, leggermente (ma significativamente) diversa da quella in passato adoperata dal legislatore.

Infatti, il lavoratore assunto alle dipendenze del somministratore ha “diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell’utilizzatore, a parità di mansioni svolte” (art. 23, 1° comma); analogamente, i lavoratori intermittenti e quelli ripartiti non devono “ricevere un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte” (rispettivamente, artt. 38, 1° comma e 44, 1° comma).

Come è evidente, è l’impiego dell’avverbio ‘*complessivamente*’ ha segnare la differenza con il passato (e persino con la stessa legge 30/2003, almeno con riferimento alla somministrazione di manodopera: cfr. art. 1, 2° comma, lett. *m*, n. 5): tale espressione pare avallare “una certa elasticità nell’applicazione del principio in esame mediante compensazioni tra i diversi istituti”<sup>101</sup>.

Sembra, insomma, riaffacciarsi la dicotomia tra cumulo e conglobamento (qui a vantaggio di

---

<sup>99</sup> BAVARO, 2004a, p. 227.

<sup>100</sup> MATTAROLO, 2004, p. 16; BOLLANI, 2005, p. 425; DEL PUNTA, 2004b, pp. 14-15; SCORCELLI, 2003, p. 872; PELLACANI, 2003, p. 519; BASENGHI, 2003, p. 34. *Contra*, BELLOCCHI, 2003, pp. 194-197; secondo ROMEI, 2004, p. 418, “il contratto di lavoro intermittente potrebbe ritenersi costituzionalmente illegittimo solo ove fosse tale da impedire assolutamente, o da limitare fortemente, la possibilità per il lavoratore di reperire altra occupazione, non necessariamente subordinata, tale da integrare il suo reddito”. Mi pare proprio che la configurazione legale dell’istituto determini un simile impedimento.

<sup>101</sup> VALLEBONA, 2004a, p. 105.

quest'ultimo<sup>102</sup>), tradizionalmente adoperata nella comparazione dei trattamenti posti da diverse fonti contrattuali. L'espressione impiegata dal legislatore delegato tradisce, forse, un certo approccio *culturale* verso la funzione del *common rule* giuslavoristico, concepito e utilizzato (già in ambito comunitario<sup>103</sup>) quale strumento di regolazione della concorrenza fra imprese. In questa prospettiva, per evitare una sorta di concorrenza sleale realizzabile attraverso l'impiego di forza-lavoro atipica o precaria, è necessario, ma al contempo sufficiente, che quest'ultima abbia un costo *complessivo* pari a quello delle maestranze stabili dell'impresa.

Inoltre, laddove la flessibilità incida sul tempo di lavoro, riducendolo rispetto al parametro *standard* del tempo pieno, ovvero sulla durata del rapporto (ponendovi una scadenza) il principio di non discriminazione è accompagnato dalla consueta regola del riproporzionamento (*pro rata temporis*) in ragione dell'effettiva entità della prestazione lavorativa.

Nel caso del lavoro intermittente, tuttavia, il legislatore non aggiunge, però, ciò che, ad esempio nella normativa sul *part-time*, è esplicitamente affermato, ossia che vi sono dei diritti che non sono sottoposti alla regola *pro rata temporis*: si pensi alla durata del periodo di astensione per maternità, sul piano individuale, e ai diritti sindacali di cui al titolo III Stat. lav., sul piano collettivo (cfr. art. 4, 2° comma, lett. a, D.lgs. 61/2000).

Una simile previsione, invece, non è ribadita nel caso del lavoro intermittente (cfr. art. 38, 2° comma, D.lgs. 276/2003), dove solo in via interpretativa si potrà escludere qualunque rimodulazione - in funzione dell'effettivo regime orario - di quei diritti, che non tollerano, per loro natura, alcun riproporzionamento (salute e sicurezza, sciopero, astensione per maternità, giustificazione del licenziamento, ecc.).

Peraltro, l'applicazione della regola *pro rata temporis* non tiene in debito conto la penosità della disponibilità offerta dal lavoratore a chiamata. Con particolare riferimento alle ferie, se il riproporzionamento in funzione del lavoro effettivamente prestato riguardasse anche la durata, il lavoratore intermittente si vedrebbe ritemperato unicamente dalle fatiche fisiche del lavoro, ma non verrebbe in alcuna considerazione la tutela del proprio tempo di vita, inteso come tempo non assoggettato ad alcun obbligo, né di lavoro e neppure di disponibilità.

È pur vero che già nel *part-time* di tipo verticale si era ammesso il riproporzionamento del periodo feriale in funzione del lavoro effettivamente prestato<sup>104</sup>, ma non bisogna dimenticare che il lavoratore a tempo parziale, nei periodi in cui non lavora, è a tutti gli effetti a riposo, mentre il lavoratore intermittente non lo è mai integralmente, avendo assunto il perenne impegno alla disponibilità.

In ogni caso, data la particolare fisionomia del contratto di lavoro intermittente (in cui manca qualsiasi iniziale programma di lavoro), l'operazione del riproporzionamento dovrà essere inevitabilmente *ex post*, in relazione alla prestazione lavorativa effettivamente eseguita: "circostanza

<sup>102</sup> CIUCCIOVINO, 2004, p. 103.

<sup>103</sup> Cfr., sul tema, CHIECO, 2002, p. 779 ss.

<sup>104</sup> Cfr. Circ. Min. Lav. 18 aprile 2000, n. 24, in *Dir. e pratica lav.*, 2000, p. 1819, la quale sanciva quanto già previsto in alcuni contratti collettivi.

dalla quale derivano non pochi problemi allorché gli istituti «riproporzionati» non abbiano natura economica e, pertanto, debbano essere riconosciuti e/o utilizzati durante il medesimo periodo di lavoro”<sup>105</sup>.

Quanto alla determinazione dei trattamenti economici per malattia, maternità, infortunio, è stata prontamente rilevata l'estrema difficoltà di applicare la soluzione (sperimentata, in passato, per il *part-time* verticale e il lavoro a termine), che rapporta l'indennizzo di questi eventi alle giornate e al numero di ore - previste dal programma contrattuale - venute a mancare in conseguenza degli eventi sospensivi della prestazione. Tali elementi, infatti, *per definizione* mancano nel lavoro a chiamata, ove non è prestabilita alcuna minima occupazione. A tal proposito, la soluzione avanzata in dottrina è quella di erogare gli indennizzi, non in base all'attività lavorativa che (in assenza di tali eventi) il lavoratore sarebbe chiamato a prestare, ma “in proporzione al lavoro già svolto prima che si manifestasse l'evento sospensivo”<sup>106</sup>.

Infine, merita di essere menzionato il criterio di computo del lavoratore intermittente nell'ambito dell'organico aziendale: è prevista un'incidenza proporzionata “all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre”, anche qui senza alcuna eccezione (art. 39).

In tal modo, il datore di lavoro potrà, semestre per semestre, determinare o no l'applicabilità delle tutele collegate ai limiti dimensionali, esercitando sapientemente la facoltà di chiamata dei propri lavoratori intermittenti: per assurdo, questi ultimi potrebbero essere anche centinaia (posto che il legislatore nulla dispone circa un loro eventuale 'contingentamento'), senza con questo incidere sull'organico aziendale. Affinché possano essere considerati quali dipendenti dell'impresa, ai fini dell'applicazione delle richiamate tutele, è necessario che il datore di lavoro ‘accenda l'interruttore’ della prestazione e renda visibili quei lavoratori altrimenti relegati nell'ombra dell'attesa.

Peraltro, la norma prescrive che la computabilità *pro rata temporis* operi “ai fini dell'applicazione di normative di legge”, dimenticando di far riferimento alla disciplina dei contratti collettivi<sup>107</sup> (altrove richiamata, come, ad esempio, nella norma sul computo dei lavoratori a tempo parziale): pare trattarsi soltanto di una svista, per quanto grossolana<sup>108</sup>.

#### 2.4. Il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata

Sul piano concettuale appare “insidiosa”<sup>109</sup> l'eventualità, prevista nel decreto 276, che il contratto sia stipulato senza che il lavoratore assuma l'obbligo di disponibilità e quindi senza il diritto a percepire la relativa indennità (art. 36, 6° comma).

A prima vista, l'esistenza o meno di tale obbligo potrebbe essere assunta quale *discrimen* per valutare se sussiste subordinazione ovvero autonomia. Si è richiamata, in proposito, la rilevanza

---

<sup>105</sup> PINTO, 2004a, p. 140; BAVARO, 2004a, pp. 221-223; MATTAROLO, 2004, p. 64.

<sup>106</sup> LAGALA, 2004, p. 407.

<sup>107</sup> Si pensi alla costituzione delle r.s.u., regolata come è noto - da accordi interconfederali.

<sup>108</sup> In tal senso, DEL PUNTA, 2004b, p. 22.

<sup>109</sup> BELLOCCHI, 2003, p. 198.

che, in una nota *querelle* giurisprudenziale, fu attribuita alla facoltà del lavoratore di non rispondere alla chiamata del datore di lavoro: nel caso di specie, si trattava della (presunta) libertà del *pony-express* di non evadere la singola richiesta di consegna, proveniente via radio dall'agenzia di recapito, assunta quale indice della natura autonoma di tale attività lavorativa. In quella occasione, la giurisprudenza di legittimità sostenne che “è incompatibile con il rapporto di lavoro subordinato [...] la facoltà attribuita dal contratto al prestatore, di rifiutare insindacabilmente in qualsiasi momento la propria prestazione”<sup>110</sup>.

In verità, come è stato chiarito sin dai primi commenti, non esiste un lavoro intermittente autonomo rientrante nella fattispecie contemplata dal decreto 276, se è vero che “tutte le disposizioni di regolazione del rapporto di lavoro intermittente - nei periodi lavorati - sono comuni e si riferiscono al lavoro subordinato, sia che il lavoratore sia tenuto a rispondere alla chiamata sia che non sia tenuto”<sup>111</sup>. Insomma, il legislatore mostra inequivocabilmente di considerare come subordinata la prestazione lavorativa resa in accettazione della chiamata, a prescindere dalla sussistenza o meno del relativo obbligo: addirittura, nell'elencazione degli elementi del contratto, l'obbligo di disponibilità sembra atteggiarsi come una mera *eventualità*, quasi fosse oggetto di un patto accessorio voluto dalle parti (cfr. art. 35, 1° comma, lett. b).

Non sono mancate, tuttavia, obiezioni alla validità di un contratto di lavoro intermittente che non contenga l'impegno del lavoratore di accettare l'eventuale chiamata. Si è parlato di un “non contratto”, ovvero di un contratto nullo, perché “privo della qualità di fonte di vincoli obbligatori per l'una e l'altra parte”<sup>112</sup>, o magari perché viziato da una clausola meramente potestativa bilaterale (chiamerò *se vorrò*, lavorerò *se vorrò*)<sup>113</sup>.

A mio avviso, se manca il sinallagma tra reperibilità e indennità, l'accordo raggiunto tra le parti non rappresenta un contratto di lavoro<sup>114</sup>, ma si tratta pur sempre di un contratto, giuridicamente assimilabile alla figura del *contratto normativo*, e non a quella del contratto preliminare, per la semplice ragione che quest'ultimo fa sorgere l'obbligo di stipulare il contratto definitivo (laddove l'accordo in esame non crea alcun vincolo a contrarre in capo alle parti)<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Cass., 25 gennaio 1993, n. 811, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 425; per tesi della natura autonoma del lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità, v. BASENGHI, 2003, p. 34, nonché LUNARDON, 2002, p. 90.

<sup>111</sup> MATTAROLO, 2004, p. 13.

<sup>112</sup> ALLEVA, 2003, p. 905. Secondo NAPOLI, 2005, p. 32, “se il lavoratore stipula un contratto senza obbligo di risposta vuol dire che acconsente soltanto alla formazione da parte del datore di lavoro di una lista di aspiranti ad essere assunti”.

<sup>113</sup> ROMAGNOLI, 2004, p. 28.

<sup>114</sup> Vi è, quindi, un solco profondo tra le due ipotesi di lavoro intermittente, con o senza obbligo di risposta alla chiamata, che pare allargarsi (come rilevato da CORAZZA, 2005, p. 187) anche alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità europee (12 ottobre 2004, c-313/02, in *Guida al lav.*, 2005, n. 3, p. 176). Infatti, sia pure non in relazione alla normativa italiana, i giudici comunitari configurano il lavoro a chiamata senza obbligo di risposta come fattispecie a sé stante rispetto al lavoro subordinato a tempo pieno e a tempo parziale.

<sup>115</sup> Una diversa ed originale ricostruzione è operata da DE ANGELIS, 2004, il quale cerca di individuare un vincolo in capo al lavoratore, anche in assenza dell'obbligo di rispondere alla chiamata. Secondo l'Autore, dal contratto di lavoro intermittente, in ogni sua veste, discenderebbe sempre l'obbligo di disponibilità, come si evince dall'art. 33, 1° comma, che definisce il lavoro intermittente come il contratto mediante il quale un lavoratore *si pone a disposizione*. A tale generale obbligo, il lavoratore potrebbe però sottrarsi “in presenza di una causa di giustificazione individuabile attraverso le regole di correttezza e buona fede, ovvero, meglio, attraverso il principio di ragionevolezza o dell'equilibrato contemperamento degli interessi” (ivi, p. 891). In mancanza di una causa di giustifica-



Si tratta cioè, di un'intesa volta a predeterminare le clausole di un futuro rapporto di lavoro: il nesso intercorrente tra il 'contratto-base' e il futuro rapporto di lavoro è probabilmente ascrivibile alla fattispecie del collegamento negoziale, con tutte le implicazioni (e le complicazioni) che ne derivano.

L'utilità pratica di una simile operazione non può essere che quella di "ridurre i costi di transazione per la stipula di tanti contratti a termine"<sup>116</sup>: se arriverà la chiamata, e il lavoratore la accetterà attraverso una nuova manifestazione negoziale, sorgerà volta per volta un rapporto di lavoro, evidentemente a tempo determinato, le cui clausole (mansioni, luogo di lavoro, ecc.) sono state preventivamente impostate.

Un simile assetto, tuttavia, legittimando l'infinita reiterazione di contratti a termine, "all'interno di uno schema negoziale *ad hoc*"<sup>117</sup>, rischia di avallare una elusione della normativa sul lavoro a tempo determinato (con particolare riferimento alla successione fra contratti).

### 3. Il lavoro ripartito

#### 3.1. Lo 'speciale' vincolo di solidarietà e i suoi riflessi sulla programmabilità del tempo di lavoro

Oggetto di alcuni (falliti) tentativi di regolazione legislativa nel corso degli anni 90<sup>118</sup>, e di una circolare ministeriale che ne aveva sostenuto la piena ammissibilità<sup>119</sup> (stimolando così la contrattazione collettiva a fornirne una prima regolazione<sup>120</sup>), il lavoro ripartito riceve dalla riforma del 2003 un'esplicita consacrazione legislativa, che lo fa entrare - a pieno titolo (e non più in punta di piedi) - nell'ormai vasto campionario delle forme contrattuali flessibili di impiego: pertanto, gli sforzi di inquadramento dogmatico dell'istituto possono (e devono) ora confrontarsi con le disposizioni di cui agli artt. 41-45 del decreto 276.

In primo luogo, l'attuale configurazione legale del lavoro a coppia esclude che possa parlarsi di una combinazione di due distinti *part-time* (come sostenuto in passato, almeno "ai fini della disciplina legislativa e previdenziale applicabile"<sup>121</sup>), ove si pensi che ciascun lavoratore è solidalmente obbligato a garantire l'esecuzione dell'intera prestazione lavorativa, in forza - dunque - di un rapporto contrattuale *unitario*<sup>122</sup>.

Si tratta - a ben guardare - di una solidarietà debitoria *sui generis* rispetto alla nozione civilistica (art. 1292 c.c.), in quanto "il datore di lavoro non può «scegliere» il lavoratore che presterà la sua

---

zione, varrebbero le regole generali del diritto dei contratti e non piuttosto la disciplina speciale di cui al 6° comma dell'art. 36 (risoluzione contrattuale, perdita dell'indennità, risarcimento del danno: v. *supra*, §2.1), che scatta solo in caso di assunzione (mediante patto accessorio) del più intenso obbligo di risposta alla chiamata.

<sup>116</sup> BONI, 2005, p. 124.

<sup>117</sup> BOLLANI, 2005, p. 428.

<sup>118</sup> Cfr. ALLAMPRESE, 2004, pp. 82-83.

<sup>119</sup> Circ. Min. lav. n. 43 del 7 aprile 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, III, p. 157.

<sup>120</sup> Può rinviarsi a MONTUSCHI, 2004, pp. 453-459; CALAFA', 2003, pp. 549-551; PAU, 2001; GIUDICI, 2000.

<sup>121</sup> ALESSI, 1995, p. 128.

<sup>122</sup> In tal senso, v. DE SIMONE, 2004, p. 522; FERRARO, 2004, p. 88; MONTUSCHI, 2004, p. 463; BACCHINI, 2004, p. 280; BETTINI, 2005, pp. 45-47. Ovviamente, "nulla impedisce che il *job sharing* si innesti su di un rapporto a tempo parziale" (FERRARESI, 2005b, p. 442), posto che "la prestazione ad orario completo non costituisce elemento qualificante del nuovo istituto" (TATARELLI, 2003, p. 2).

attività in un dato momento”<sup>123</sup>, al punto che parte della dottrina riconduce l’obbligazione dedotta nel contratto di lavoro ripartito al *genus* delle “obbligazioni soggettivamente complesse”<sup>124</sup>, ovvero ritiene possa trattarsi di una solidarietà “residuale”, derivante non da un atto di volontà del datore di lavoro, “bensì da una situazione di fatto totalmente esterna a quest’ultimo ed esclusivamente dipendente dai condebitori”<sup>125</sup>.

Neppure si può continuare a sostenere la tesi della atipicità contrattuale<sup>126</sup> (nel significato tecnico-giuridico che tale espressione riveste), a fronte della espressa tipizzazione oggi operata dal legislatore, il quale definisce il lavoro ripartito come uno *speciale* contratto di lavoro “mediante il quale due lavoratori assumono in solido l’adempimento di una unica e identica obbligazione lavorativa” (art. 41, 1° comma).

Pur censurabile, il mancato riferimento - nella norma definitoria - alla natura subordinata di tale rapporto di lavoro, non può assumere alcun particolare significato: anche il contratto di lavoro ripartito (almeno quello regolato dalla legge), per quanto speciale possa essere, non sconfina affatto nell’area del lavoro autonomo<sup>127</sup>.

Si tratta allora di capire quale posizione occupi il lavoro ripartito rispetto al modello generale di lavoro subordinato.

Si potrebbe liquidare la questione, negando rilevanza qualificatoria al connotato della specialità adoperato dal legislatore, ritenendo che esso abbia - come in altri casi - un significato meramente descrittivo<sup>128</sup>, posto che nel *job sharing* “non si assiste ad una alterazione funzionale della causa tipica del contratto di lavoro”, che consiste comunque “nello scambio tra lavoro e retribuzione, seppure all’interno di uno schema soggettivamente complesso per la presenza di due coobbligati”<sup>129</sup>.

Rimarrebbe da comprendere, tuttavia, la portata della successiva disposizione che condiziona l’applicabilità della “normativa generale del lavoro subordinato” al presupposto della sua compatibilità “con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito” (art. 43, 2° comma).

<sup>123</sup> DE SIMONE, 2004, p. 528.

<sup>124</sup> È la tesi di PINTO, 2004b, p. 551, cui si rinvia per i riferimenti alla letteratura civilistica.

<sup>125</sup> BACCHINI, 2004, p. 282 ss. Secondo altri, “lo schema più vicino” sarebbe quello della “obbligazione divisibile, sia pur in un assetto non solo convenzionale ma variabile per volontà dei debitori” (DELL’OLIO, 2005, p. 86). Sulla qualificazione giuridica dell’obbligazione lavorativa nel *job sharing*, v., più ampiamente, BETTINI, 2005, capp. 2 e 3.

<sup>126</sup> Tesi risalente a ICHINO, 1985, p. 401 ss. e poi avallata dalla circolare ministeriale 43/1998; per ulteriori riferimenti, v. ALLAMPRESE, 2004, p. 83.

<sup>127</sup> FERRARO, 2004, p. 89; BACCHINI, 2004, p. 274; FERLUGA, 2004, p. 252; TATARELLI, 2003, p. 2. È pur vero che l’art. 43, 2° comma, sembra configurare la presenza di un “datore di lavoro” come una mera eventualità, insinuando il dubbio che le prestazioni di lavoro ripartito possano essere rese anche da altro soggetto, magari dal committente di una prestazione di natura autonoma: tale perplessità è fatta propria da BETTINI, 2005, p. 57; ALLAMPRESE, 2004, p. 99; FERRARESI, 2005b, p. 442.

L’art. 41, 3° comma, poi, menziona non solo i “contratti”, ma anche gli “accordi” collettivi: espressione - quest’ultima - tipica della contrattazione collettiva nell’area del lavoro autonomo (in particolare, nel contratto d’agenzia).

L’unica conclusione che si deve trarre da tali indizi normativi è che il legislatore non voglia precludere alle parti la facoltà di “immaginare” una attività lavorativa non subordinata, in cui la prestazione sia ripartita tra due soggetti: si tratterà di un sottotipo del contratto d’opera, ovvero di un contratto atipico *ex art.* 1322 c.c., ma non della fattispecie regolata dal decreto 276.

<sup>128</sup> Sul punto, v. DE SIMONE, 2004, p. 516; LASSANDARI, 2004, p. 236; FERRARESI, 2005b, p. 442; BACCHINI, 2004, p. 273, nt. 29.

<sup>129</sup> RONDO, 2004, p. 129. Anche BETTINI, 2005, p. 6, nega l’esistenza di una “diversificazione causale”. *Contra*, FERLUGA, 2005, p. 253.

Pertanto, almeno sul terreno della disciplina applicabile, la *particolarità* del lavoro a coppia assume una valenza concreta, costringendo l'interprete ad un giudizio di compatibilità, che avrà pure "per lo più esito positivo"<sup>130</sup>, ma che il legislatore impone comunque di compiere.

Inoltre, secondo la citata disposizione, la normativa generale del lavoro subordinato assume una funzione meramente *suppletiva* rispetto a quanto (eventualmente) previsto dai contratti collettivi (così genericamente definiti e quindi senza alcun criterio selettivo): soltanto "in assenza"<sup>131</sup> di questi ultimi, essa "trova applicazione", mentre l'autonomia collettiva rimane subordinata al "rispetto" delle scarse disposizioni contenute nel decreto 276 (cfr. art. 43, 1° comma), le quali sembrano così 'staccarsi' dal *corpus* normativo del diritto del lavoro ed assumere una posizione, ancora una volta, 'particolare'.

Dunque, anche ammettendo che la specificità del *job sharing* (consistente nella ripartizione del lavoro fra due coobbligati) non incida sulla causa del contratto di lavoro e quindi non intervenga sulla fattispecie generale del lavoro subordinato, si deve comunque riconoscere che siamo di fronte ad "un contratto a disciplina speciale"<sup>132</sup>, che presuppone un qualche adattamento del modello di tutela<sup>133</sup>.

### 3.2. Le deroghe alle regole comuni del lavoro subordinato

Accantonato il problema qualificatorio, l'attenzione deve spostarsi sul piano della disciplina del rapporto, che - per quanto scarna - scava profonde crepe in alcuni principi della nostra materia.

Infatti, anche a seguito della consacrazione legislativa dell'istituto, l'apologia del *job sharing* come innovativa e originale soluzione al problema, assai discusso, della conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita non deve far dimenticare le insidie che si celano nella condivisione dell'obbligazione lavorativa.

In passato, non vi erano dubbi sulla sussistenza di un generale obbligo di sostituzione, quale corollario della natura solidale dell'obbligazione, e si segnalava come ciò determinasse una "quasi totale neutralizzazione del rischio di sospensione del lavoro derivante da assenza"<sup>134</sup>: quello che oggi la dottrina definisce "il sogno di ogni imprenditore"<sup>135</sup>.

Già agli albori del dibattito sulla figura del lavoro a coppia, era emerso, quale profilo problematico,

<sup>130</sup> Come rileva PINTO, 2004b, p. 565, procedendo ad alcune esemplificazioni.

<sup>131</sup> Tale inciso non consente di capire se sia sufficiente ad escludere l'applicabilità della disciplina legale la circostanza che il contratto collettivo applicato contenga una qualsiasi regolamentazione - anche minima - del lavoro ripartito, ovvero, come pare preferibile, se "la disciplina legale di un dato istituto divenga inapplicabile" a seguito dell'avvenuta regolamentazione, in sede collettiva, "solo ed esclusivamente di quel determinato istituto". Non si comprende, poi, "se il rinvio alla contrattazione collettiva debba essere riferito soltanto agli atti negoziali *stipulati successivamente* all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 o se, invece, possa anche essere riferito alle (non poche) discipline collettive preesistenti" (PINTO, 2004b, p. 561).

<sup>132</sup> DE SIMONE, 2004, p. 528.

<sup>133</sup> MONTUSCHI, 2004, p. 439.

<sup>134</sup> BAVARO-DE CRISTOFARO, 2000, p. 488.

<sup>135</sup> MONTUSCHI, 2004, p. 443.

quello della imprevedibilità della prestazione effettivamente dovuta da ciascun co-obbligato, imputabile non al volere del datore di lavoro<sup>136</sup> (come nel *part-time* elastico o flessibile, e - oggi - nel lavoro a chiamata), ma alla natura stessa del lavoro ripartito: al datore non interessa quanto e quando lavorerà ciascuno dei co-obbligati, ma soltanto che l'intera prestazione sia eseguita.

É senz'altro vero che nel lavoro a coppia c'è qualcosa di diverso, rispetto al *part-time*, "perché i lavoratori possono regolare liberamente i propri impegni lavorativi"<sup>137</sup>, come pure è certo che la rigidità dell'impegno lavorativo, complessivamente considerato, è determinata nel contratto, e non si presta ad alcun margine di elasticità.

Tuttavia, sul piano del concreto andamento del rapporto, è indubitabile che il singolo lavoratore, impegnandosi a garantire l'esecuzione dell'intera prestazione, e quindi a sostituire il proprio *partner* impossibilitato o semplicemente inadempiente, è costretto a 'rimanere a disposizione' del datore di lavoro<sup>138</sup> e potrà trovarsi a lavorare anche al di fuori del turno prestabilito.

Ne consegue che la facoltà dei lavoratori di organizzare il proprio tempo di lavoro dà luogo ad una libertà "condizionata", perché ipotecata dalla "responsabilità solidale debitoria"<sup>139</sup>, che finisce per rendere geneticamente variabile il *quantum* della prestazione di ciascuno dei due lavoratori, avvinti come l'edera in questo meccanismo contrattuale. Dunque, anche nel lavoro a coppia, come già nel *part-time* elastico o flessibile e - a maggior ragione - nel lavoro a chiamata, "il tempo contrattuale di lavoro non è più certo e predeterminato ma «condizionato» da una implicita e strutturale disponibilità"<sup>140</sup>.

Non si ricorra alla finzione di sostenere che "l'obbligo di rendersi disponibile [...] non nasce nei confronti del datore, [...] ma nei confronti del compagno"<sup>141</sup>: in fin dei conti, è sempre il datore di lavoro a poter esigere lo svolgimento della prestazione lavorativa<sup>142</sup>.

Non a caso, anche da parte di coloro che - già in passato - sostenevano la piena ammissibilità del lavoro ripartito, si era giunti ad invocare, in caso di legittimo (ossia non imputabile) impedimento

<sup>136</sup> Sotto questo profilo, "le esigenze dell'impresa restano totalmente estranee alla predeterminazione dell'entità e della collocazione temporale della prestazione dei due lavoratori" (ALESSI, 1995, p. 129). Analogamente, LUNARDON, 2002, p. 92, secondo cui "la flessibilità nel *job sharing* non si sviluppa lungo l'asse che lega il rapporto di lavoro all'impresa; ma lungo l'asse, paritario, che lega dall'interno i *job sharers*".

<sup>137</sup> BELLOCCHI, 2003, p. 220.

<sup>138</sup> Cfr. DE SIMONE, 2004, p. 513; FERLUGA, 2005, p. 255; DI NUNZIO, 2003, p. 2358.

<sup>139</sup> BAVARO-DE CRISTOFARO, 2000, p. 489.

<sup>140</sup> BAVARO, 2004b, p. 397; BACCHINI, 2004, p. 289.

<sup>141</sup> LUNARDON, 2002, p. 92.

<sup>142</sup> Non è un caso che la più recente dottrina, a sostegno della legittimità dell'istituto, avverta l'esigenza di richiamare il "presupposto della solidarietà, della fiducia, dei vincoli affettivi tra i coobbligati: perché dovremmo escludere che, per ragioni affettive, ci si possa obbligare a eseguire anche la prestazione del collega (magari il coniuge, il figlio o l'amico del cuore), quando ammettiamo che quelle stesse ragioni consentono, a talune condizioni, di lavorare a titolo gratuito?" (BELLOCCHI, 2003, p. 221). Una simile prospettazione solleva qualche perplessità, perché sembra trascurare l'esistenza dell'interesse creditorio, tutto patrimoniale (e nient'affatto sentimentale), all'esecuzione dell'attività lavorativa. A seguire il richiamato ragionamento, sembrerebbe quasi che il co-obbligato, quando sostituisce il proprio collega, esegua soltanto una prestazione *affectionis vel benevolentiae causae*, come se la sostituzione non fosse, invece, dovuta in forza di un preciso obbligo contrattuale assunto verso il datore di lavoro.

di uno dei due contraenti, una “retribuzione aggiuntiva per la prestazione sostitutiva svolta dall’altro partner”<sup>143</sup>.

Nell’attuale regolamentazione legislativa, ci limita disporre che “fatte salve diverse intese tra le parti contraenti o previsioni dei contratti o accordi collettivi, i lavoratori hanno la facoltà di determinare discrezionalmente e in qualsiasi momento sostituzioni tra di loro, nonché di modificare consensualmente la collocazione temporale dell’orario di lavoro, nel qual caso il rischio della impossibilità della prestazione per fatti attinenti a uno dei coobbligati è posto in capo all’altro obbligato” (art. 41, 3° comma).

La formulazione della norma non è chiarissima: è lecito chiedersi, in primo luogo, se l’obbligo di sostituzione sorga qualora la ‘coppia’ *disponga* (per non averla esclusa mediante diversa intesa) della facoltà di modificare la collocazione dell’orario di ciascuno dei co-obbligati (fermo restando il regime orario complessivo), ovvero soltanto qualora abbia effettivamente *esercitato* tale facoltà, alterando così l’iniziale programma di ripartizione del lavoro<sup>144</sup>.

Quali sono, poi, i “fatti attinenti a uno dei coobbligati” che generano la traslazione del rischio della impossibilità in capo all’altro? Letteralmente, il legislatore non opera alcuna selezione, il che sembrerebbe comprendere anche quegli eventi che costituiscono cause legittime di sospensione della prestazione lavorativa (malattia, infortunio, gravidanza, ecc.), in forza di principi di rango costituzionale.

Addirittura, si è affermato che, in caso di sciopero, “se il coobbligato non intende seguire l’altro nell’astensione, dovrà garantire l’adempimento dell’intera obbligazione”<sup>145</sup>: ma se così fosse, si priverebbe lo sciopero dell’effetto di sospendere l’esecuzione del lavoro, con buona pace dell’art. 40 Cost.

Per di più, il legislatore è tutt’altro che esplicito nel riconoscere il diritto del lavoratore (legittimamente) impedito a fruire del trattamento retributivo e/o previdenziale previsto in caso di legittima sospensione della prestazione (malattia, infortunio, gravidanza, ecc.): la sussistenza di tale diritto dovrà dunque essere argomentata in via interpretativa, alla luce dell’art. 44, 2° comma, dello stesso decreto 276, in forza del quale “il trattamento economico e normativo dei lavoratori coobbligati è riproporzionato, in ragione della prestazione effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l’importo [...] dei trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, congedi parentali”. Del resto una diversa conclusione si esporrebbe nuovamente a censure di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 35 e 38 della Carta fondamentale<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> In tal senso, già ICHINO, 1985, p. 411. Più di recente, nel commentare la disciplina contenuta nella legge delega, Fiorella LUNARDON, 2002, p. 92 invitava il legislatore delegato ad introdurre, “a compensazione della gravosità del *job sharing*, [...] il diritto ad una maggiorazione retributiva, per le ipotesi in cui uno dei lavoratori sia costretto a ritmi più intensi, fino quasi al *full time*, a seguito della prolungata assenza dell’altro”.

<sup>144</sup> In tal senso, LAGALA, 2004, p. 409, secondo il quale, per le impossibilità della prestazione che si verificano nel programma di presenze inizialmente concordato con il datore di lavoro, il rischio ricade su quest’ultimo. A tale opinione mostra di aderire RONDO, 2004, p. 130, mentre DE SIMONE, 2004, si limita a rilevare l’ambiguità della norma. Secondo PINTO, 2004b, p. 549, soltanto “qualora i coobbligati abbiano convenuto tra loro «sostituzioni» o una diversa distribuzione dell’attività nell’orario concordato inizialmente, il creditore della prestazione potrà esigere la prestazione lavorativa dal coobbligato sostituito (ovvero, originariamente obbligato)”.

<sup>145</sup> MONTUSCHI, 2004, p. 443.

<sup>146</sup> PINTO, 2004b, ivi ulteriori riferimenti dottrinali, cui *adde* BACCHINI, 2004, p. 301 ss., e RENGÀ, 2005, p. 259.

Non mi pare che possano esservi dubbi (ma anche su questo il legislatore tace) in ordine al diritto del lavoratore che subentra al collega assente a percepire la “retribuzione piena”<sup>147</sup> (comprensiva, cioè, anche del periodo in cui ha operato la sostituzione), a meno che non si voglia avallare una palese violazione del principio di proporzionalità ex art. 36 Cost.

Peraltro, già sul piano civilistico, se il datore di lavoro potesse remunerare solo parzialmente una prestazione ricevuta per intero, sarebbe evidente la situazione di ingiustificato arricchimento in suo favore, soprattutto laddove il trattamento economico da corrispondere al lavoratore impedito è posto a carico dell’ente previdenziale.

Viceversa, però, qualora sia il datore (in forza di legge o di contratto collettivo) a versare il trattamento, ad esempio, di malattia, dovendo egli contemporaneamente pagare anche la retribuzione piena al sostituto, subirebbe un costo superiore a quello che si produce in un ordinario rapporto di lavoro, “dal momento che di fatto è tenuto a corrispondere un compenso di più di una prestazione aggiungendo i pagamenti conferiti ai due lavoratori”<sup>148</sup>.

Altrettanto singolare, poi, la disciplina dettata per l’ipotesi in cui l’impedimento riguardi entrambi i lavoratori, assoggettata dal legislatore alla regola generale di cui all’art. 1256 c.c. (art. 41, ultimo comma)<sup>149</sup>. Come è noto, la norma codicistica prevede l’estinzione dell’obbligazione, allorché, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventi impossibile. Anche l’impossibilità meramente temporanea realizza l’effetto estintivo, laddove, “in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto”, il debitore non possa più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione, ovvero *il creditore non abbia più interesse a conseguirla*.

In sostanza, attraverso il richiamo all’art. 1256 c.c., il legislatore fa sì che l’impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro fuoriesca dall’area del diritto del lavoro, ove opera (nelle situazioni tipizzate) il principio della sospensione del rapporto con conservazione del posto ed erogazione di un trattamento economico<sup>150</sup> in favore del lavoratore, e torni sotto l’egida del diritto dei contratti, trasformando così “il prestatore di lavoro in un qualsiasi debitore di un qualsiasi *faccere*”<sup>151</sup>.

Per la verità, in sede di primo commento, si è sostenuto esattamente il contrario, e cioè che l’impossibilità di entrambi i lavoratori determinerebbe l’applicazione “a ciascun impossibilitato della

<sup>147</sup> BACCHINI, 2004, p. 302; FERRARO, 2004, p. 91; *contra*, BELLOCCHI, 2003, p. 91.

<sup>148</sup> DE MARCO, 2004, p. 753.

<sup>149</sup> A commento della scarsa previsione in tema di lavoro a coppia, contenuta nella legge-delega (cfr. art. 4, 6° comma, lett. e), la dottrina considerava ovvio che “nell’ipotesi di legittimo impedimento della prestazione di tutti i coobbligati”, il rapporto di lavoro restasse “sospeso” (BELLOCCHI, 2003, p. 224). Ciò conferma ulteriormente l’originalità (per usare un eufemismo) della soluzione successivamente accolta nel provvedimento delegato.

<sup>150</sup> Per la verità, si è sostenuto che tale trattamento sarebbe comunque dovuto, pur a seguito della estinzione del rapporto di lavoro: v. RENGÀ, 2005, p. 260, la quale ricorda che “l’indennità di maternità e quella di malattia vengono normalmente corrisposte anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, purché tra la cessazione del rapporto e l’inizio della malattia o della gravidanza non siano trascorsi più di 60 giorni”.

<sup>151</sup> DE SIMONE, 2004, p. 535.

disciplina lavoristica relativa alla causa di sospensione verificatasi<sup>152</sup>.

Tale lettura non sembra tenere in debito conto gli effetti del menzionato principio civilistico. È vero che l'art. 1256 c.c. tutela la posizione del debitore impossibilitato (per causa a lui non imputabile) ad eseguire la prestazione, sollevandolo dall'obbligazione "se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto", egli non possa più "essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione". Non bisogna trascurare, tuttavia, che la medesima disposizione funge a tutelare anche la posizione del creditore, liberandolo dall'obbligo di ricevere la prestazione debitoria, qualora egli non abbia più "interesse a conseguirla"<sup>153</sup>.

Quest'ultima previsione - richiamata in blocco (ossia senza alcun temperamento) dall'art. 41, 6° comma - non pare lasciar scampo, nel rendere inapplicabile il principio della sospensione del rapporto di lavoro, per esempio, nel periodo di comporto, durante il quale - come è noto - il venimento dell'interesse datoriale a ricevere la prestazione non riceve alcuna considerazione.

Restando in tema di risoluzione del rapporto di lavoro, il decreto dispone, che, "salvo diversa tra le parti, le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comportano l'estinzione dell'intero vincolo contrattuale. Tale disposizione non si applica se, su richiesta del datore di lavoro, l'altro prestatore si renda disponibile ad adempiere l'obbligazione lavorativa, integralmente o parzialmente, nel qual caso il contratto di lavoro ripartito si trasforma in un normale contratto di lavoro subordinato" (art. 41, 5° comma)<sup>154</sup>.

La configurazione dell'obbligazione lavorativa in termini di obbligazione solidale comporterebbe la soluzione contraria a quella prevista nel decreto: infatti, secondo le regole comuni (cfr. art. 1307 c.c.), "l'impossibilità della prestazione a carico di uno dei coobbligati, produce l'effetto di concentrare l'obbligazione sull'altro coobbligato"<sup>155</sup>.

Viceversa, nel lavoro a coppia, di fronte all'inadempimento che legittima il licenziamento di uno dei due lavoratori, il suo co-obbligato non ha alcun diritto a continuare a lavorare, né a tempo parziale, né a tempo pieno<sup>156</sup>. Se il datore di lavoro, del tutto insindacabilmente, non sarà interessato ad impiegare il lavoratore adempiente in un nuovo contratto di lavoro, sorto "sulle ceneri

<sup>152</sup> VALLEBONA, 2004a, p. 64. La tesi della conservazione del posto in caso di (legittimo) impedimento di entrambi i lavoratori coobbligati è sostenuta pure da MONTUSCHI, 2004, p. 464; BACCHINI, 2004, pp. 292-293; RONDO, 2004, p. 135. Testualmente BETTINI, 2005, p. 118, afferma che "il richiamo all'art. 1256 c.c., sembra [...] avere una valenza residuale, limitata all'ipotesi di lavoro ripartito autonomo..."

<sup>153</sup> In sostanza, la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, se "ha riguardo al limite d'impegno del debitore, che non è tenuto ad un'attesa comportante sensibili aggravii economici o sforzi personali", ha pure "riguardo all'interesse del creditore", posto che l'obbligazione si estingue "se la prestazione ritardata non è idonea a soddisfare l'interesse e l'utilità del creditore" (BIANCA, 1994, p. 376).

<sup>154</sup> Al fine di evitare la risoluzione del rapporto nei confronti del lavoratore adempiente, la contrattazione collettiva successiva al varo del decreto 276 ha previsto che le parti possano accordarsi "per consentire il subentro di un altro lavoratore" (accordo di rinnovo *Fotoincisione tessile* del 28.6.2004 e ipotesi di accordo *Terziario - Cooperative di consumo* del 2.7.2004). Per le soluzioni adottate dalla contrattazione *ante* riforma del 2003, v. BETTINI, 2005, p. 145, nt. 20.

<sup>155</sup> GAROFALO, 2003, p. 5, il quale reputa ingiustificata (oltre che non autorizzata dalla legge-delega) la "differenza di trattamento tra l'obbligazione solidale generale e quella che ha ad oggetto la prestazione di lavoro".

<sup>156</sup> Sulla diversa soluzione prospettata nell'art. 20 del d.d.l. 2764 del 26 giugno 1995, v. ALESSI, 1995, p. 130. Tale disciplina, in sostanza, imponeva al datore di lavoro l'onere di proporre al lavoratore non licenziato la trasformazione del proprio contratto in un ordinario rapporto di lavoro a tempo parziale, oppure a tempo pieno, precisando che l'eventuale rifiuto del lavoratore costituiva giustificato motivo di licenziamento.

del precedente rapporto di lavoro ripartito”<sup>157</sup>, egli subirà la stessa sorte del suo collega inadempiente, quasi che fosse “portatore di una responsabilità oggettiva per il comportamento e le azioni compiute dall’altro coobbligato”<sup>158</sup>.

Si tratterà, allora, dell’unico caso di licenziamento per inadempimento altrui, dovuto alla inscindibilità del lavoro a coppia, una coppia destinata - in tal modo - a restare unita nella gioia e nel dolore.

Peraltro, le questioni che una simile soluzione normativa lascia irrisolte sono molteplici. Ad esempio, cosa succede se un co-obbligato viene licenziato, magari per inadempimento, mentre l’altro è assente dal lavoro si trova quindi in un periodo ‘protetto’ dal recesso datoriale (ad esempio, in congedo di maternità)? Oppure, *quid iuris* nel caso in cui entrambi i lavoratori vengano licenziati, ma soltanto uno di essi - dopo aver ottenuto sentenza di reintegra - abbia interesse ad occupare nuovamente il precedente posto di lavoro?<sup>159</sup> Si potrebbe continuare a lungo.

Quanto al trattamento economico-normativo spettante ai lavoratori coobbligati, il legislatore riproduce il generale principio di uniformità di trattamento (art. 44, 1° comma), proprio dei lavoratori flessibili, accompagnato dalla consueta regola del riproporzionamento (art. 44, 2° comma), con gli stessi problemi che si pongono (e che abbiamo succintamente esaminato) in riferimento al lavoro intermittente (v. *supra*, §2.3): anche nel *job sharing*, come nel lavoro a chiamata, il singolo lavoratore è esposto ad una struttura indeterminatezza ed imprevedibilità del proprio programma di lavoro e, pertanto, “il calcolo o l’applicazione dei diversi istituti può farsi solo *ex post*” rispetto alla esecuzione della prestazione da parte di ciascuno dei lavoratori”<sup>160</sup>.

Infine, va segnalato che, sul fronte sindacale, ai fini della partecipazione alle assemblee di cui all’art. 20 dello Statuto dei lavoratori, il tetto delle 10 ore annue è riferito alla coppia nel suo complesso, e non a ciascun lavoratore (art. 44, 3° comma).

In chiave critica nei confronti di tale disposizione, che appare come “una deroga implicita” alla norma statutaria<sup>161</sup>, può osservarsi che i diritti alla libertà e all’attività sindacale non dovrebbero subire la logica del riproporzionamento, come si evince dalla disciplina del *part-time*, ove la riduzione dell’orario non incide sulla misura del diritto di partecipare alle assemblee sindacali. Sembrerebbe profilarsi, dunque, un fondato dubbio di illegittimità costituzionale, per contrasto con gli articoli 3 e 39.

### Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2000) *La regolamentazione del part-time in Europa*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, n. 4.

<sup>157</sup> MONTUSCHI, 2004, p. 462.

<sup>158</sup> DI NUNZIO, 2003, p. 2355.

<sup>159</sup> PINTO, 2004b, pp. 559-560, ritiene che il lavoratore interessato a rientrare al lavoro avrà “il diritto di prestare l’attività lavorativa per la durata e secondo le modalità temporali alle quali si era obbligato al momento dell’instaurazione del rapporto (e salva la possibilità di convenire la successione di un terzo nel contratto di lavoro ripartito oppure di incrementare l’orario di lavoro del lavoratore reintegrato)”. Sul punto, v. pure RONDO, 2004, p. 138.

<sup>160</sup> Così ALLAMPRESE, 2004, p. 105, nonché PINTO, 2004b, p. 563; con particolare riferimento al riproporzionamento dei trattamenti previdenziali, v. le considerazioni di LAGALA, 2004, pp. 410-411; RENGÀ, 2005, pp. 260-263; ALLAMPRESE, 2004, pp. 109-115.

<sup>161</sup> ALLAMPRESE, 2004, p. 105.



- ALES E. (2004) *I paradossi della tipizzazione: i "contratti" di lavoro intermittente*, in *Dir. mercato lav.*, p. 457.
- ALESSI C. (1995) *Part-time e job-sharing*, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, n. 17, p. 111.
- ALLAMPRESE A. (2003) *Osservazioni sul decreto n. 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro).
- ALLAMPRESE A. (2004) *Sub artt. 41-45*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGhini, *Commentario al D.Lgs. 1° settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, III, p. 82.
- ALLEVA P.G. (2003) *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 887.
- ANDREONI A. (2002) *Precarizzazione del lavoro e tutele nel mercato (dal D.Lgs. n. 368/2001 al disegno di legge delega n. 848/2001)*, in [www.cgil.it/giuridico/politichedeldiritto/Archivio](http://www.cgil.it/giuridico/politichedeldiritto/Archivio).
- BACCHINI F. (2004) *Lavoro ripartito o "job sharing"*, in AA.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, p. 261.
- BANO F. (2004) *Il lavoro a tempo parziale*, in *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di A. PERULLI, Giappichelli, Torino, p. 109.
- BASENGHI F. (2003) *Co.co.co., lavoro a chiamata, occasionale e job sharing*, in *Guida al lav.*, n. 10, p. 33.
- BAVARO V. (2001) *La riforma del part-time*, in *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, a cura di F. CARINCI, Ipsoa, Milano, p. 173.
- BAVARO V. (2004a) *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di G. GHEZZI, Ediesse, Roma, p. 216.
- BAVARO V. (2004b) *Una questione sul tempo contrattuale di lavoro (a proposito di orario ridotto, modulato o flessibile)*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 391.
- BAVARO V., DE CRISTOFARO M. L. (2000) *Lavoro part-time*, in *Digesto disc. priv. comm.*, Aggiornamento, p. 471.
- BELLOCCHI P. (2003) *Art. 4. Sezione I- Art. 4, comma 1, lett. a), c), d), e), f). 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.
- BELLOMO S. (2004a) *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro, tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario*, in *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a cura di V. LECCESE, Ipsoa, Milano, p. 136.
- BELLOMO S. (2004b) *"Flessibilità" e "incentivazione" del part-time: nuovi significati e interrogativi*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, Editoriale scientifica, Napoli, p. 65.
- BETTINI M.N. (2005) *Il lavoro ripartito*, Giappichelli, Torino.

- BIANCA C. M. (1994) *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Giuffrè, Milano.
- BIZZARRO C. (2004) *Primi chiarimenti ministeriali sulla nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Guida al lav.*, n. 13, p. 17.
- BOLEGO G. (2000) *La gestione individualizzata dell'orario di lavoro nel "nuovo" part-time*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 437.
- BOLEGO G. (2004) *Finalità e definizioni*, in *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a cura di V. LECCESE, Ipsoa, Milano, p. 62.
- BOLLANI A. (2005) *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di M. MAGNANI, P.A. VARESI, Giappichelli, Torino, p. 405.
- BONI G. (2005) *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 113.
- BORGOGELLI F. (2004) *Sub art. 1*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Cedam, Padova, p. 1.
- BROLLO M. (2002a) *La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 723.
- BROLLO M. (2002b) *Il lavoro a tempo parziale, flessibile e individualizzato*, in *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. CARINCI, M. MISCIONE, Ipsoa, Milano, p. 79.
- BROLLO M. (2004) *Le modifiche al D.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGhini, *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, III, p. 121.
- CALAFÀ L. (2003) *Job sharing (contratto di lavoro a prestazioni ripartite)*, in *Dig. disc. priv. comm.*, Aggiornamento, II, p. 545.
- 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 *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a cura di V. LECCESE, Ipsoa, Milano, p. 3.
- CARUSO B. (2004) *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, Editoriale scientifica, Napoli, p. 17.
- CHIECO P. (2002) *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 767.
- CIRIOLI D. (2005) *Dal contratto di lavoro intermittente al contratto per il lavoro intermittente*, in *Dir. e pratica lav.*, p. 969.
- CIUCCIOVINO S. (2004) *Sub artt. 22-23* in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, II, p. 65.
- CORAZZA L. (2005) *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, in *Guida al lav.*, n. 3, p. 185.

- D'ANTONA M. (1990) *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, p. 529.
- DAUGAREILH I., IRIART P. (2005) *La conciliazione dei tempi nelle riforme dell'orario di lavoro in Europa (Francia, Germania, Gran Bretagna, Olanda)*, in *Lavoro e dir.*, p. 223.
- DE ANGELIS L. (2004) *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 885.
- DELL'OLIO M. (2005) *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *Argomenti dir. lav.*, p. 69.
- DEL PUNTA R. (2003) *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, inserto.
- DEL PUNTA R. (2004a) *Sub artt. 46*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, Bologna, p. 469.
- DEL PUNTA R. (2004b) *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *Guida al lav.*, n. 14, p. 12.
- DE MARCO C. (2004) *Il contratto di lavoro ripartito*, in *Lavoro giur.*, p. 750.
- DE SIMONE G. (2004) *Sub artt. 41-45*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Cedam, Padova, p. 504.
- DI NUNZIO P. (2003) *Nuovi lavori: nuove questioni*, in *Dir. e pratica lav.*, p. 2347.
- FERLUGA L. (2004) *L'incidenza del vincolo di solidarietà nel contratto di lavoro ripartito*, in *Dir. lav.*, I, p. 251.
- FERRARESI M. (2005a) *Part-time*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di M. MAGNANI, P.A. VARESI, Giappichelli, Torino, p. 451.
- FERRARESI M. (2005b) *Job sharing*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di M. MAGNANI, P.A. VARESI, Giappichelli, Torino, p. 440.
- FERRARO G. (2004) *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2ª edizione.
- GAROFALO M.G. (2003) *Flessibilità e riforma del mercato del lavoro*, in *Università progetto*, n. 4, p. 3.
- GIUDICI M. (2000) *Job sharing nel settore tessile*, in *Dir. e pratica lav.*, p. 3012.
- GOTTARDI D. (2004) *Sub artt. 33-40*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Cedam, Padova, p. 554.
- ICHINO P. (1985) *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, II.
- LAGALA C. (2004) *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. CURZIO, Cacucci, Bari, p. 395.
- LA MACCHIA C. (2004) *Tempo parziale in Il lavoro tra progresso e mercificazione*, a cura di G. GHEZZI, Ediesse, Roma, p. 252.
- LASSANDARI A. (2004c) *Note sul lavoro ripartito*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di G. GHEZZI, Ediesse, Roma, p. 235.

- LECCESE V. (2004) *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003)*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. CURZIO, Cacucci, Bari, p. 189.
- LISO F. (2004) *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 273/2003: spunti di riflessione*, in WP "Massimo D'Antona" n. 42/2004, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it).
- LUNARDON F. (2002) *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. CARINCI, M. MISCIONE, Ipsoa, Milano, p. 87.
- MATTAROLO M.G. (2004) *Sub artt. 33-40*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI, *Commentario al D.Lgs. 1° settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, III, p. 3.
- MATTAROLO M.G. (2005) *Casi di ricorso al lavoro intermittente e ipotesi vietate*, in *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, p. 117.
- MONTUSCHI L. (2004) *Sub artt. 41-45*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, Bologna, p. 437.
- NAPOLI M. (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 di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Giuffrè, Milano, p. 9.
- NAPPI S. (2003) *Il lavoro intermittente*, in *Dir. lav.*, p. 531.
- NUZZO V. (2005) *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, in WP "Massimo D'Antona" n. 69/2005, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it).
- PAPALEONI M. (2004) *Il nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova.
- PAU E. (2001) *Job-sharing e contrattazione collettiva*, in *Dir. e pratica lav.*, p. 15.
- PELLACANI G. (2003) *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *Mass. giur. lav.*, p. 512.
- PELLACANI G. (2005) *Il lavoro intermittente ad un anno dall'entrata in vigore: gli interventi ministeriali, la contrattazione collettiva e il decreto correttivo n. 251/2004*, in *Mass. giur. lav.*, p. 2.
- PERULLI A. (2004) *Il lavoro intermittente*, in *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di A. PERULLI, Giappichelli, Torino, p. 133.
- PINTO V. (2004a) *Lavoro e nuove regole. Dal Libro Bianco al D.Lgs. 276/2003*, Collana Formazione ISF-CGIL, Ediesse, Roma.
- PINTO V. (2004b) *Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite*, in *Dir. relazioni ind.*, p. 547.
- RAUSEI P. (2004) *Le novità del correttivo alla Riforma lavoro*, in *Dir. e pratica. lav.*, n. 43, inserto.
- RENGA S. (2005) *La protezione sociale dei lavoratori a tempo parziale, ripartito e intermittente*, in *Lavoro e dir.*, p. 245.

- RICCI G. (2003) *Prime considerazioni sulla nuova disciplina italiana sull'orario di lavoro*, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro).
- ROMAGNOLI U. (2004) *Radiografia di una riforma*, in *Lavoro e dir.*, p. 19.
- ROMEI R. (2004) *Sub artt. 33-40*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, Bologna, p. 401.
- RONDO A. (2004) *Un nuovo modo di lavorare: il lavoro ripartito*, in *Mass. giur. lav.*, p. 126.
- RUSSO A. (2004) *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, a cura di M. TIRABOSCHI, Giuffrè, Milano, p. 179.
- RUSSO C. (2004) *Quale flessibilità per i lavori del settore pubblico: il problematico impatto del d.lgs. 276/2003*, in *Dir. lavoro merc.*, I, p. 97.
- SANTUCCI R. (2004) *La nuova disciplina del contratto di lavoro part-time*, in *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, a cura di M. RUSCIANO, Jovene, Napoli, p. 163.
- SCARPONI S. (2004) *Sub art. 46*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. GRAGNOLI, A. PERULLI, Cedam, Padova, p. 554.
- SCORCELLI (2003) *Il lavoro intermittente e il lavoro ripartito*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2003, p. 872.
- SPEZIALE V. (1999) *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Cacucci, Bari, p. 1245.
- SPINELLI C. (2004) *Il riposo giornaliero e la durata massima della giornata lavorativa*, in *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a cura di V. LECCESE, Ipsoa, Milano, p. 296.
- STENICO E. (2005) *Il lavoro a tempo parziale fra disciplina legale ed assetti contrattuali*, in *Lavoro e dir.*, p. 321.
- TATARELLI M. (2003) *Lavoro ripartito*, in *Enc. Giur. Treccani*, Aggiornamenti.
- VALLEBONA A. (2004a) *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova.
- VALLEBONA A. (2004b) *Lavoro "intermittente" e "discontinuo": i sinonimi e la norma "a orecchio"*, in *Dir. lav.*, I, p. 249.
- VINCIERI M. (2005) *Il lavoro intermittente o "a chiamata": natura giuridica e tecniche regolative*, in *Dir. relazioni ind.*, p. 117.

## Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine\*

Loredana Zappalà

|                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La regolazione delle relazioni di lavoro fra fallimenti del mercato ed esigenze redistributive.                                                      | 44 |
| 1.1. I contratti con un termine finale di durata tra ragioni del diritto ed esigenze dell'economia.                                                     | 46 |
| 2. Modelli di impresa e rapporti di lavoro nell'era della flessibilità: dalla «specializzazione flessibile» alla «flexible firm».                       | 50 |
| 3. Le teorie dell'impresa «competence-based».                                                                                                           | 53 |
| 4. L'economia istituzionale e i «mercati interni» del lavoro.                                                                                           | 54 |
| 6. I modelli economici che presuppongono l'esistenza di costi di <i>turnover</i> e i possibili effetti di una liberalizzazione dei contratti a termine. | 57 |
| 6.1. La job security nei modelli «efficiency wages» e «insider-outsider».                                                                               | 57 |
| 6.2. Il modello «search» e i «transitional labour markets».                                                                                             | 62 |
| 7. Lavori temporanei e prospettive di stabilizzazione.                                                                                                  | 64 |
| 8. Diritto del lavoro e obiettivi di razionalizzazione.                                                                                                 | 65 |
| 9. La <i>ratio</i> della regolazione dei contratti a termine nell'ordinamento italiano per mezzo della norma inderogabile.                              | 68 |
| 10. La razionalizzazione delle ragioni di ricorso ai contratti a termine tramite.                                                                       | 70 |
| 10.1 a) la legge.                                                                                                                                       | 70 |
| 10.2. b) la contrattazione collettiva.                                                                                                                  | 72 |
| 10.3. c) l'autonomia individuale.                                                                                                                       | 74 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 37/2005

## 1. La regolazione delle relazioni di lavoro fra fallimenti del mercato ed esigenze redistributive.

Le vicende connesse all'apposizione di un termine al contratto di lavoro e, più in generale, la possibilità di diffusione dei contratti con un termine finale di durata non sfuggono al processo di «regolazione» attraverso il quale, nello Stato sociale e democratico di diritto, si realizza una restrizione intenzionale dell'ambito delle scelte d'azione dei soggetti privati, per la soddisfazione di certi valori, beni, interessi e posizioni ritenuti meritevoli di tutela, alla luce di una nozione più o meno esplicita di interesse pubblico<sup>162</sup>. La necessità di una regolazione delle relazioni di lavoro s'interseca in buona parte con quelle stesse ragioni che storicamente hanno condotto all'intervento dello Stato nell'economia<sup>163</sup>. Tali ragioni sono riconducibili alla necessità di porre rimedio ai cosiddetti «fallimenti del mercato», di «correggere» comportamenti umani irrazionali<sup>164</sup> e/o di realizzare una più equa ripartizione delle «risorse scarse», in ossequio alle esigenze d'uguaglianza e di redistribuzione che stanno alla base dello Stato sociale. Le misure redistributive adottabili in relazione all'obiettivo da ultimo citato non sono, in particolare, soltanto quelle che realizzano un trasferimento di risorse a favore di gruppi svantaggiati, ma anche quelle cercano di coordinare l'azione di vaste categorie sociali, come appunto quella dei lavoratori subordinati, che hanno difficoltà di determinare una autoregolazione ottimale dei propri interessi<sup>165</sup>.

Nel linguaggio economico si parla invece di «fallimenti del mercato» con riferimento ai casi in cui il mercato non riesce a realizzare una situazione d'efficienza economica ottimale<sup>166</sup>. Ciò, per lo più, accade in presenza di situazioni di monopolio, di esternalità negative, che si verificano quando le azioni di un individuo o di un'azienda impongono alla collettività dei costi sociali superiori al costo sostenuto dal privato, di asimmetrie informative, che si hanno quando i soggetti

<sup>162</sup> Cfr. l'ampia definizione di «regolazione», quale «restrizione intenzionale dell'ambito di scelte nell'attività di un soggetto operata da una entità non direttamente parte in causa o coinvolta in quella attività», fornita da B. M. Mitnick., *The Political Economy of Regulation*, Columbia University Press, New York, 1980, p. 1. Secondo P. Lange, M. Regini *Gli interessi e le istituzioni: forme di regolazione sociale e politiche pubbliche*, in P. Lange, M. Regini M. (a cura di), *Stato e regolazione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 13, la «regolazione è il modo migliore in cui un determinato insieme di attività o di rapporti fra attori viene coordinato, le risorse allocate, i conflitti – reali o potenziali – vengono strutturati, cioè prevenuti e composti». La letteratura sul tema è molto vasta, per una ricognizione dei significati e delle diverse teorie sulla «regolazione», nonché sul ruolo e i metodi di intervento dello Stato v. A. La Spina, D. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Law Series, London, 1994. V. inoltre A. Supiot, *Governing Work and Welfare in a Global Economy*, in J. Zeitlin, D. Trubek (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 376 sulla distinzione fra il termine italiano «regolamentare (*réglementer*)» che significa «imporre regole» e il diverso e più ampio termine «regolare (*réguler*)» (spesso nella letteratura americana sostituito con la nozione di «*governance*») che indica l'elaborazione e l'implementazione di regole per assicurare il funzionamento di una organizzazione.

<sup>163</sup> Va, tuttavia, distinta la «regolazione sociale» che, appunto, può avere ad oggetto il rapporto o il mercato del lavoro, dalla «regolazione economica» che fa tradizionalmente riferimento ai casi in cui lo Stato interviene attivamente nell'economia tramite le partecipazioni statali e/o tramite la fissazione e il controllo dei prezzi, sul punto v. A. La Spina, D. Majone, cit., p. 38 ss., ma pure p. 117 ss.

<sup>164</sup> Sulla rilevanza della «irrazionalità» del comportamento umano nella comprensione dei fini della regolazione giuridica v., di recente, C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471.

<sup>165</sup> V. C. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1990, p. 47, che, in particolare, cita il mercato del lavoro come esempio che determina il cosiddetto «dilemma del prigioniero» (secondo cui il comportamento dei singoli si rivela, in molti casi, inidoneo a perseguire l'interesse collettivo di tutti i soggetti) risolubile solo attraverso una regolamentazione pubblica. Sullo schema logico del «dilemma del prigioniero» v. pure A. Ichino, P. Ichino, *A chi serve il diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, p. 478.

<sup>166</sup> Nella letteratura economica il dibattito sulla nozione di «efficienza» è molto complesso e articolato in svariate posizioni, sul punto di recente v. R. O. Zerbe Jr., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edgar Elgar, 2001.

operanti sul mercato non hanno uguali informazioni sulla transazione che si accingono a concludere, ma pure di disoccupazione di lungo periodo in cui l'intervento pubblico può contribuire alla creazione di nuove opportunità occupazionali<sup>167</sup>.

Benché parte della dottrina abbia recentemente sottolineato il ruolo della regolazione laburista nel correggere taluni fallimenti del mercato<sup>168</sup>, deve precisarsi che le argomentazioni cui si è sopra brevemente accennato non fanno storicamente parte del *dna* più profondo connesso al «dover essere» del diritto del lavoro, o almeno di quello di matrice nazionale. Sebbene non siano mancate autorevoli ricostruzioni dottrinali che hanno messo in luce come anche il diritto del lavoro italiano, sotto l'influsso della dottrina socialdemocratica weimariana, sia nato geneticamente caratterizzato da un ineliminabile legame con l'economia, quale strumento di *razionalizzazione* dell'organizzazione del fattore lavoro<sup>169</sup>, pare, infatti, possibile rilevare come la necessità di una regolazione delle relazioni di lavoro abbia trovato la sua principale ragion d'essere nella terza delle motivazioni prima accennate, fondandosi sugli stessi fini dello Stato sociale e sull'esigenza di rimediare a situazioni di disparità sociale percepite come inique e intollerabili<sup>170</sup>. Da questo punto di vista, il diritto del lavoro si ricollega in maniera preminente a quella giustificazione della regolazione sociale fondata sulla necessità di eliminare o ridurre una situazione di «*social subordination*» fra gruppi sociali diversi, al fine di attenuare le disuguaglianze che caratterizzano gruppi svantaggiati, di evitare meccanismi psicologici in base ai quali i soggetti «socialmente subordinati» si adattino a situazioni di ingiustizia, percependole paradossalmente come normali, ma anche di impedire un irreversibile declino del potere contrattuale dei gruppi sociali svantaggiati medesimi<sup>171</sup>.

Alla luce di tale premessa, la prima e più tradizionale tecnica di regolazione delle relazioni di lavoro è identificabile, come è noto, in un progressivo processo di «legificazione»<sup>172</sup>, la cui massima e più alta espressione è rappresentata dall'utilizzo della «norma inderogabile». Tramite questa, il legislatore è intervenuto, dapprima, a mitigare taluni squilibri di potere tra i privati e, successiva-

<sup>167</sup> Sulla disoccupazione come fallimento del mercato v. D. Snower, *Creating Employment Incentives*, in B. Marin, D. Meulders, D. Snower (eds.), *Innovative Employment Initiatives*, Ashgate, Aldershot, 2000, p. 319.

<sup>168</sup> Cfr. A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 470; sul punto v. pure P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 95. Per una recente ricognizione delle giustificazioni della regolazione legale del rapporto di lavoro v. H. Collins, *Justifications and techniques of legal regulation of employment relation*, in H. Collins, P. Davies, R. Rideout (eds.), *Legal regulation of the employment relations*, Kluwer, London, 2000, p. 3. Sul punto però v. già G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 353, secondo cui una vera e propria deregolazione delle relazioni di lavoro, «intesa come ripristino dell'equilibrio di mercato (...), non avrebbe neppure una consistente base scientifica. Essa consisterebbe nella realizzazione di un programma ideologico che, non corrispondendo alla realtà del mercato, produrrebbe certamente, oltre un abbassamento dei livelli di tutela, anche effetti di distorsione concorrenziale».

<sup>169</sup> Cfr. G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. Dir.*, 1986, p. 75.

<sup>170</sup> In generale, sul punto, cfr. L. Castelvetti, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.

<sup>171</sup> Tali argomentazioni sono ben riepilogate da C. Sunstein, cit., p. 61 che parla di «*antisubordination statutes*».

<sup>172</sup> Sul più ampio tema della «giuridificazione» delle relazioni di lavoro cfr. G. Giugni, cit., p. 337; S. Simitis, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, p. 215.



mente, a «farsi promotore e (programmatore) di determinati modelli di convivenza e di organizzazione sociale»<sup>173</sup>, e ciò allo scopo di «realizzare un coordinamento e un bilanciamento di interessi e, in definitiva, una razionalizzazione degli interessi in conflitto»<sup>174</sup>.

Nel tempo, la regolazione sociale ha perseguito pure l'obiettivo di operare un controllo sul mercato del lavoro<sup>175</sup>, al fine di aumentare i vantaggi ottenibili dalla partecipazione al mercato del lavoro medesimo, nonché di proteggere i lavoratori dagli eventi avversi concernenti le dinamiche del mercato e/o del ciclo vitale<sup>176</sup>. Attraverso tale profilo, il diritto del lavoro ha così cercato di conciliare interessi fra loro contrastanti: la necessità di uguaglianza di prospettive, di condizioni di vita e di redistribuzione d'opportunità fra gli individui, le richieste datoriali di una maggiore flessibilità nella gestione della forza lavoro, la necessità porre rimedio all'elevato livello di disoccupazione che caratterizza l'economia europea.

### 1.1. I contratti con un termine finale di durata tra ragioni del diritto ed esigenze dell'economia.

Il processo di regolazione sociale dei contratti con un termine finale di durata nell'ordinamento italiano si inserisce nel quadro sopra descritto, rispecchiando nel proprio codice genetico l'assunto secondo cui la regolazione di tale materia è stata, ed è tutt'oggi, ispirata ad un compromesso fra l'interesse datoriale ad utilizzare i contratti a termine per rendere più efficiente l'impresa o, più di recente, l'interesse alla diffusione di dette forme di flessibilità in chiave occupazionale, da una parte, e l'interesse alla sicurezza e alla stabilità lavorativa dei prestatori, dall'altra. L'obiettivo della legislazione lavoristica diretta a garantire la tutela della stabilità, intesa come «aspirazione del lavoratore a quel complesso di beni - professionalità, continuità, adeguatezza del reddito, prospettive di carriera – che sono indissolubilmente legati alla occupazione a tempo pieno e indeterminato»<sup>177</sup>, ha tuttavia assunto nella scienza giuridica giuslavoristica, tesa a difendere il «dover essere» della norma, un carattere talmente predominante da oscurare qualunque tentativo di riflessione sugli altri, pure presenti, obiettivi della regolazione sociale perseguibili in tale materia.

Nell'anticipare alcune delle conclusioni cui si giungerà alla fine del presente lavoro, è possibile rilevare come, nel tempo, la regolazione sociale dei contratti con un termine finale di durata, ed in particolare la individuazione delle causali di ricorso al lavoro a tempo determinato, abbia, più o meno consapevolmente, realizzato un bilanciamento degli opposti interessi in gioco tenendo

<sup>173</sup> Su cui v. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

<sup>174</sup> L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 162.

<sup>175</sup> Sulla funzione del diritto del lavoro di controllo sul mercato v. G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 272; O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London, 1977, p. 122. Su tale profilo della regolazione, che è forse quello che più emblematicamente presenta le caratteristiche di un «*hybrid labour law, torn between the old protective function and the new aspiration toward flexibility*», v. S. Sciarra, *How "Global" is labour law? The Perspective of Sociale Rights in the European Union*, in T. Wilthagen (eds.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context*, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Amsterdam, 1998, p. 105.

<sup>176</sup> Sui diversi profili di tale aspetto della regolazione v. G. Bertola, J. Jimeno, R. Marimon, C. Pisarrides, *I sistemi degli stati Sociali e i mercati del lavoro in Europa: quale convergenza prima e dopo l'Unione Monetaria Europea?* in G. Bertola, T. Boeri, G. Nicoletti (a cura di), *Protezione sociale, occupazione e integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 65.

<sup>177</sup> D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, 1990, ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, p. 75.

conto non solo della necessità di riequilibrare gli squilibri di potere fra le parti e, in coerenza agli obiettivi dello Stato sociale, assicurare a tutti gli individui occasioni di reddito e di carriera, ma anche della opportunità di evitare comportamenti datoriali irrazionali e di correggere taluni «fallimenti del mercato»<sup>178</sup>. Il legislatore e, successivamente, la contrattazione collettiva, con tecniche e modalità che nel tempo sono andate adeguandosi alle nuove realtà produttive, hanno infatti operato una più o meno consapevole distinzione fra ipotesi, ritenute legittime, nelle quali il ricorso al lavoro a termine poteva ritenersi ispirato a criteri di razionalità nella gestione aziendale e, dunque, a comportamenti datoriali economicamente efficienti e ipotesi, da ritenersi illegittime, nelle quali, invece, l'utilizzo di forme temporanee di occupazione poteva potenzialmente produrre fallimenti del mercato e, pertanto, situazioni che, oltre a danneggiare i lavoratori interessati privati della sicurezza occupazionale, si sarebbero rivelate economicamente inefficienti per l'impresa o per il funzionamento del mercato del lavoro.

L'indagine sugli obiettivi della regolazione dei contratti con un termine finale di durata che si propone appare funzionale, in particolare, a fornire utili elementi di riflessione per rispondere a quegli «attacchi»<sup>179</sup> provenienti dalla letteratura economica, ma anche da quella sociologica, che in nome della «ideologia» della flessibilità<sup>180</sup> si sono infiltrati come un *virus* nel dibattito giuslavoristico: la legislazione protettiva è stata, infatti, accusata di influenzare in maniera negativa il funzionamento del mercato del lavoro, di rendere meno attraente per i datori di lavoro procedere a nuove assunzioni, di produrre distorsioni sulla stessa offerta di lavoro e di impedire al mercato di assestarsi su nuovi equilibri<sup>181</sup>. La regolazione delle modalità di apposizione di un termine al contratto di lavoro non è infatti sfuggita agli «attacchi» prima accennati, che hanno diffuso l'imperativo *no jobs for life*, in virtù del quale l'aumento dei lavori a termine dovrebbe considerarsi un fatto ineluttabile, oltre che benefico per l'efficienza dell'impresa e per il funzionamento del mercato<sup>182</sup>. Il segno più evidente della trasformazione del dibattito sulla flessibilità da «risorsa» o «rimedio» a «ideologia» è rappresentato dal fatto che l'ideale di impresa o di mercato iper-flessibile non sia stato, in questi ultimi anni, minimamente intaccato dalla marcia indietro dell'Ocse che, a partire dal 1999, al termine di una lunga e articolata analisi empirica, ha sostenuto l'assenza

<sup>178</sup> Sul differente approccio economico a secondo che la causa di una situazione economicamente non ottimale sia l'esistenza di un fallimento del mercato o, semplicemente, di un comportamento irrazionale di uno o più soggetti v. G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, in A. Ogus, C.G. Veljanovski (eds.), *Readings in the Economics of Law and Regulation*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 8.

<sup>179</sup> L'espressione è mutuata da R. Del Punta R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, p. 4.

<sup>180</sup> B. Caruso, *Flexibility in Labour Law: the Italian Case*, in B. Caruso, M. Fuchs (eds.) *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, 2004, p. 11; M.G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 9. Sulla necessità di combattere l'«ideologia della flessibilità» cfr. A. Supiot, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003. V. pure L. Mariucci, *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, in corso di pubblicazione, p. 1031, secondo cui «l'epoca della ideologia della flessibilità, intesa come valore in sé, come criterio discrezionale dirimente, quasi fosse una dimensione necessaria del pensiero è in via di esaurimento».

<sup>181</sup> Il dibattito è, ovviamente, molto vasto e articolato su diverse posizioni, per alcuni riferimenti v. H. Giersch, *Eurosclerosis*, Institut für Weltwirtschaftsforschung, Università di Kiel, Discussion Paper n. 112, 1985; H. Siebert, *Labour rigidities: at the Root of Employment in Europe*, in *Jour. Econ. Persp.*, 1997, p. 37.

<sup>182</sup> Rintraccia questo tipo di convinzione nella recente riforma del mercato del lavoro italiano G. Rodano, *Aspetti problematici del D.lgs. 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, p. 419.

di una correlazione certa fra rigidità delle misure di protezione dell'impiego<sup>183</sup> adottate nei singoli paesi e relativi livelli occupazionali e, dunque, di una positiva incidenza delle misure di flessibilità sulle *performance* aziendali e/o occupazionali<sup>184</sup>.

Di fronte a tali attacchi, inevitabile pare l'invito rivolto alla dottrina giuslavoristica nel mettere da parte l'orgoglio del «dover essere», nel non arroccarsi su sterili difese di identità e, dunque, a confrontarsi con le altre scienze giuridiche portatrici del *virus* flessibilità in «casa propria»<sup>185</sup>. La proposta di una coniugazione del metodo giuridico tradizionale con l'analisi economica del diritto è sovente respinta dai giuslavoristi come un attentato ai valori fondamentali del diritto del lavoro<sup>186</sup>. Sul punto però, a parere di chi scrive, deve concordarsi con chi ha invece ritenuto che in realtà è proprio dall'analisi economica che possono trarsi argomenti fondamentali in difesa della necessità della giuridificazione del rapporto di lavoro, contro le tesi contrarie di stampo liberista<sup>187</sup>. Certamente l'analisi economica non potrà supportare fino in fondo la necessità della norma giuslavoristica, né d'altra parte il diritto e i suoi valori hanno bisogno della «piena approvazione» dell'economia<sup>188</sup>. Tuttavia, in un momento storico in cui il diritto del lavoro sta subendo delle profonde modificazioni della propria identità proprio per andare incontro, o quanto meno per non essere di ostacolo, alle regole dell'economia e del mercato, pare indispensabile – pure per il giurista del lavoro – provare a cimentarsi nello studio di quelle medesime regole del mercato, per provarne a capire i meccanismi ed eventualmente le debolezze e le contraddizioni<sup>189</sup>. La ricerca di conferme sul fatto che, in una molteplicità di casi, non esiste un *trade-off* fra efficienza ed equità e che addirittura la politica sociale può produrre effetti positivi in termini di incremento

<sup>183</sup> La nozione di *employment protection* è utilizzata dalla letteratura economica degli anni novanta, per indicare quell'insieme di misure introdotte tramite la legislazione, l'attività giudiziaria, la contrattazione collettiva o gli usi aziendali che pongono limiti all'imprenditore nel gestire la forza lavoro, con particolare riferimento alla protezione contro il licenziamento, alle limitazioni all'uso dei contratti a termine e del lavoro temporaneo tramite agenzia, nonché alla regolazione dell'orario di lavoro. Su tale classificazione v. D. Grubb, W. Wells, *Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries*, Oecd Economic Studies n. 21, 1993, p. 7. V. inoltre J. Addison, P. Teixeira *The Economics of Employment Protection*, IZA Discussion Paper Series n. 381, ottobre 2001. In generale sulla *employment protection* v. pure C. Pissarides, *Employment Protection*, in *Labour Economics*, n. 8, 2001, p. 131.

<sup>184</sup> Cfr. Ocse *Employment Outlook* 1999 e, più di recente, il nuovo *Employment Outlook* 2004, p. 61. V. pure P. Auer, S. Cazes, *Employment stability in an age of flexibility*, ILO, Geneva, 2003, p. 4; L. Costabile, *Riforme istituzionali e esiti economici: l'evoluzione della relazione di impiego e il ruolo del capitale umano specifico nell'esperienza italiana*, in *Ec. Pol.*, 2002, p. 349; P. Minguzzi, *Deregolazione del mercato del lavoro e occupazione: i nuovi dubbi dell'OCSE*, in *Soc. Lav.*, 2000, p. 57.

<sup>185</sup> Per un tale positivo atteggiamento di apertura e osmosi cognitiva del diritto verso l'economia a protezione della normatività si rinvia a R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto*, cit., p. 3. Imprescindibili sono inoltre, in tale ottica, gli studi di P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit.; v. pure G. De Simone, *Dai principi alle regole*, Giappichelli, Torino 2001, 20 ss.; P. Loi, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 547.

<sup>186</sup> V. però M. Napoli, *Il diritto del lavoro e le pretese dell'economia*, in *Lavoro, Diritto, Mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 149 che ricorda come il confronto con l'economia altro non sia che «un ritorno alle origini. Il confronto con gli economisti è già presente in Barassi con riferimento al contratto e al rapporto di lavoro (...). Dobbiamo rammaricarci per aver perso questa tradizione». In proposito v. già T. Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Saggi Giuridici*, Giuffrè, Milano, p. 83, che nell'invito ai giuristi a considerare la funzione economica effettivamente assolta da un istituto giuridico nella realtà di un luogo e di un'epoca determinata, evidenzia l'inevitabilità di indagini in altri campi, quali la storia, l'economia e la sociologia, per consentire un miglior apprezzamento della realtà sociale anche dal punto di vista giuridico.

<sup>187</sup> Cfr. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 82.

<sup>188</sup> Per considerazioni simili v. G. De Simone, cit., p. 21.

<sup>189</sup> Sullo «studio dell'economia da un punto di vista giuridico» v. G. Giugni, *Intervista a cura di Pietro Ichino*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, p. 416.

dell'efficienza<sup>190</sup> non è, dunque, una sconfitta per il diritto del lavoro, bensì un sintomo del rinnovamento della sua identità che, così come non rinnega il suo passato, non può nemmeno rifiutare di confrontarsi con le sfide del presente.

Sulla scorta di tali premesse, il presente lavoro è articolato in due parti. Nella prima parte (par. 2-7), servendosi dei risultati di alcune indagini economiche, si proverà ad affrontare il tema della flessibilità e dei contratti con un termine finale di durata, al fine di sfatare l'assolutezza di alcune delle più frequenti argomentazioni addotte a sostegno della necessità di una deregolamentazione della materia. I postulati che – nelle pagine che seguono – verranno messi in dubbio riguardano, in particolare, due assunti: il primo è che l'impresa per essere efficiente deve essere flessibile e che l'efficienza possa essere ottenuta tramite l'utilizzo di contratti con un termine finale di durata; il secondo è che tali forme contrattuali contribuiscono a creare occupazione e a rendere più efficiente il mercato del lavoro, per cui si rende necessaria una loro liberalizzazione o comunque un intervento meno intrusivo della legislazione protettiva in materia.

Nella seconda parte (par. 8-10), invece, si analizzeranno più attentamente gli obiettivi perseguiti dalla regolazione sociale in materia di contratti a tempo determinato. In proposito, anticipando alcune delle conclusioni cui si giungerà alla fine del presente lavoro, pare possibile rilevare che, fin dal codice civile del 1942, il legislatore italiano abbia regolato la materia *de qua* sul presupposto che il controllo sulla stipula dei contratti a termine, realizzato tramite la norma inderogabile, non avesse soltanto la funzione di tutelare il lavoratore e, in particolare, di garantire a questo la stabilità, ma perseguisse anche un più generale obiettivo di *razionalizzazione* della gestione e del funzionamento del mercato del lavoro. Ciò sul presupposto che l'imprenditore, nell'utilizzo del lavoro a termine, lungi dall'agire sempre e "naturalmente" in base a criteri e logiche economicamente ragionevoli<sup>191</sup>, ponesse frequentemente in essere comportamenti opportunistici, non sufficientemente ponderati a causa dell'esistenza di asimmetrie informative, non del tutto consapevoli dei costi connessi alle transazioni che si andavano a stipulare o, più semplicemente, irrazionali e, dunque, produttivi di inefficienze, per la propria azienda e per il mercato del lavoro, oltre che, ovviamente, di elevati costi sociali a carico della parte contrattuale più debole. In quest'ottica, ci si soffermerà sulla tecnica regolativa utilizzata per contemperare l'esigenza di garantire prospettive di reddito e di carriera a tutti i lavoratori con la, pure presente, esigenza di porre rimedio a taluni potenziali fallimenti del mercato. Al riguardo pare possibile evidenziare che solo in una prima fase storica il contratto a tempo determinato sia stato regolato tramite la norma inderogabile con funzione prettamente «garantistica», allo scopo di evitare che il ricorso ad esso non cessasse la volontà di eludere la disciplina, più favorevole, applicabile al lavoro a tempo indeterminato; a partire dalla l. n. 230 del 1962, invece, la regolazione della materia, e dunque la *razionalizzazione* della stessa per finalità sociali e, parimenti, per scopi più direttamente ascrivibili alla creazione di situazioni che fossero anche economicamente efficienti, è stata realizzata tramite il ricorso alla diversa tecnica della norma inderogabile con funzione di «controllo», dapprima limitando direttamente l'autonomia individuale, successivamente aprendo le porte della regolazione

---

<sup>190</sup> Così D. Fouarge, *Costs of non-social policy: towards an economic framework of quality social policies – and the costs of not having them*, Report for the Employment and Social Affairs DG, 3 January 2003.

<sup>191</sup> Sul termine «ragionevolezza» utilizzato nella terminologia legale quale sinonimo di «efficienza», proprio del linguaggio economico, v. I. Ehrlich, R. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, p. 257.

alla contrattazione collettiva e, a seguito delle più recenti riforme, al “potere adattivo” della autonomia individuale.

## 2. Modelli di impresa e rapporti di lavoro nell'era della flessibilità: dalla «specializzazione flessibile» alla «flexible firm».

Come si è sopra accennato, le vicende connesse alla possibilità e/o all'opportunità di utilizzare contratti con un termine finale di durata si sono inscindibilmente intrecciate con gli sviluppi del dibattito sulla flessibilità del rapporto e del mercato del lavoro.

Sebbene esista una ormai copiosa letteratura critica che ha sottolineato come lo stesso modello di organizzazione taylor-fordista fosse anch'esso un modello flessibile, la vera e propria nascita di tale dibattito può farsi risalire alla fine degli anni settanta e all'entrata in crisi di quel modello, insieme al declino dello stato sociale keynesiano. In particolare, un primo ambito teorico in cui è germogliato il citato dibattito trae spunto dagli studi di economia industriale sulla «specializzazione flessibile», il cui contributo più influente risale al lavoro di Michael Piore e Charles Sabel del 1984<sup>192</sup>. Nel modello sviluppato dai due studiosi, la flessibilità «è la capacità di riplasmare continuamente il processo produttivo», sul presupposto che gli individui e le aziende debbano essere pronti al cambiamento. L'idea di un sistema competitivo che stimola l'innovazione è tuttavia controbilanciata dalla consapevolezza di come sia «importante porre dei limiti allo sfruttamento della manodopera non solo per fare della competizione uno stimolo all'innovazione, ma anche per mantenere all'interno dell'organizzazione la coesione necessaria per la flessibilità. (...) Le clausole che garantiscono l'impiego, che sono fonte di fiducia, possono avere quindi la stessa importanza nel promuovere l'innovazione dei sistemi salariali. (...) La garanzia del posto e una generale ripartizione del lavoro, accompagnata da mansioni allargate, favoriscono l'introduzione delle nuove tecnologie»<sup>193</sup>. Agli albori del dibattito sulla flessibilità, e in particolare nel modello di specializzazione flessibile che costituisce quella che è stata definita «la via *alta* della flessibilità» cui si sono ispirati i paesi più sviluppati<sup>194</sup>, i contratti a termine non rientrano, dunque, fra gli ingredienti della ricetta cui avrebbe dovuto ispirarsi l'agire imprenditoriale.

Un diverso approccio al tema è, invece, rinvenibile in un altro ambito teorico che ha segnato una svolta nel dibattito politico-economico sulla flessibilità. Tale approccio trova fondamento negli studi economico-organizzativi della seconda metà degli anni ottanta sulla *flexible firm*, come strutturata nella formulazione che n'è stata fatta dal suo maggiore teorico, John Atkinson<sup>195</sup>.

La *flexible firm* di Atkinson prende spunto da una copiosa letteratura economica di impostazione istituzionalista che si è sviluppata nel corso degli anni settanta e ottanta attorno all'analisi della segmentazione e dei mercati interni del lavoro e, in particolare, dai lavori degli economisti Peter Piore e Michael Doeringer, ai quali si deve l'ipotesi di un mercato del lavoro duale, diviso in un

<sup>192</sup> M.J. Piore, C. Sabel, *The Second Industrial Divide*, Basic Books, 1984 (qui citato nella trad. it., *Le due vie dello sviluppo industriale*, Torino, 1987).

<sup>193</sup> M.J. Piore, C. Sabel, cit., p. 395.

<sup>194</sup> C. Trigilia, *Sociologia economica*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 386.

<sup>195</sup> J. Atkinson, *Flexibility, uncertainty and Manpower strategy*, Report n. 89, Institute of Manpower Studies, Brighton, 1985.

settore primario e uno secondario<sup>196</sup>. Nel primo, costituente il cosiddetto «mercato interno del lavoro», gravitano soggetti in possesso di specifici *skills* ed esperienza che, proprio per tale specificità, le imprese sono interessate a formare direttamente e poi trattenere al proprio interno; nel secondo, si concentrano lavoratori con *skills* facilmente trasferibili o del tutto privi di *skills* specifici.

Tale dicotomia, usualmente rilevata dalla letteratura accademica nel mercato del lavoro e in particolare tra imprese, è ritenuta da Atkinson inadeguata a rispecchiare la realtà. La realtà, infatti, dimostrerebbe non solo l'esistenza di un mercato del lavoro primario e secondario all'interno di una stessa impresa, ma anche la necessità di favorire strategie manageriali volte a favorire la suddivisione della forza lavoro in diversi gruppi. La *flexible firm* di Atkinson è articolata secondo l'ormai divenuto noto *core-periphery model*, che vede l'impresa strutturata in un *core group* di lavoratori con contratto di lavoro a tempo pieno e di durata indeterminata, e attorno a questo dei *peripheral groups* la cui caratteristica determinante è quella di essere gestiti attraverso strategie ispirate alla flessibilità numerica, di cui fanno parte lavoratori privi di qualsiasi forma di *job* o di *employment security*, di opportunità di carriera e di formazione. Al di fuori dell'impresa si collocano poi i cosiddetti *external groups*, di cui fanno parte i lavoratori temporanei tramite agenzia e quelli coinvolti in processi di esternalizzazione produttiva, nonché i lavoratori autonomi o semi-autonomi.

Il modello della *flexible firm* di Atkinson ha acquisito, nel tempo, una notevole popolarità e ha contribuito in maniera significativa a diffondere l'idea della flessibilità, dapprima come «necessità», successivamente come «ideologia»<sup>197</sup>. In particolare, è possibile ricordare come questo abbia costituito una sorta di «apripista» verso una svariata serie di modelli di imprese sempre più flessibili. L'idea di una divisione all'interno dell'impresa fra il *core business* in cui impiegare risorse stabili e attività meno rilevanti o periferiche in cui utilizzare una nutrita serie di forme flessibili di lavoro, è via via sfumata nell'idea che, in fondo, il lavoro flessibile e temporaneo potesse in ogni caso essere considerato funzionale ad un risparmio dei costi e, dunque, ad un incremento della produttività e competitività dell'azienda. L'effetto apripista verso l'idea che la flessibilità sia *comunque* un bene per l'impresa, pare confermato da una corposa letteratura manageriale-organizzativa americana, che è giunta a considerare efficienti pure politiche aziendali di *churning* della forza lavoro<sup>198</sup>, vale dire di rinnovamento della forza lavoro medesima tramite processi simultanei di licenziamenti e nuove assunzioni.

Nonostante la fama acquisita, il modello della *flexible firm* di Atkinson non è tuttavia del tutto

<sup>196</sup> P.B. Doeringer, M. Piore, *Internal Labour Market and Manpower Analysis*, Heath Lexington Book, 1971, (qui citato in R. Nacamulli, A. Ruggiadini A. (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 201); in proposito v. pure P. Osterman, *Employment Structures within Firms*, in *British Jour. Ind. Rel.*, 1982, p. 349.

<sup>197</sup> B. Caruso, cit., p. 11. Per una sferzante critica a tale modello della *flexible firm* v. A. Pollert, *Farewell to Flexibility?*, Oxford, 1991, p. 27 che ha messo in evidenza come la propaganda di una nuova strategia manageriale di gestione dell'impresa, altro non sia stata che il frutto di una precisa scelta politica pilotata da determinati gruppi di potere che hanno sostenuto la flessibilità come esigenza inconfutabile delle imprese e il primato del mercato come panacea per lo sviluppo.

<sup>198</sup> Cfr. P. Cappelli, D. Neumark, *External Churning and Internal Flexibility: Evidence on the Functional Flexibility and Core-Periphery Hypotheses*, in *Ind. Relations*, 2004, p. 148.

riuscito a consolidarsi, nella letteratura organizzativa degli anni novanta, come modello dominante di organizzazione aziendale. Numerosi sono gli studi che hanno, infatti, messo in evidenza come il modello *core-periphery* sottovaluti l'esistenza di un *trade-off* fra flessibilità funzionale e flessibilità numerica. L'utilizzo della flessibilità numerica produce una mancanza di coinvolgimento dei lavoratori<sup>199</sup>, che spesso può essere difficile da accoppiare con politiche di incentivazione del *core*. Il modello *core-periphery* di Atkinson è stato accusato di essere troppo semplicistico, per le ovvie difficoltà di distinguere i lavoratori strategici che devono fare parte del *core* e gli altri e, soprattutto, perché non tiene conto del fatto che i prestatori dei due differenti gruppi devono lavorare insieme.

A fronte delle divergenti valutazioni sui potenziali effetti di una struttura aziendale frammentata in diversi gruppi di lavoratori, stabili e precari, sembra emergere con maggiore nettezza quel profilo «ideologico» che ha accompagnato, in questi anni, il dibattito politico, economico, ma pure giuridico, sulla flessibilità, in un chiaroscuro di «detto» e «non detto». Il «detto» riguarda, appunto, il presunto effetto benefico della diffusione dei lavori a termine come strumento per rendere più efficiente l'impresa, il «non detto» sottintende, invece, l'opzione verso strategie di gestione del personale poco o nulla rivolte ad un incremento dell'efficienza, bensì ispirate unicamente a politiche miopi di risparmio dei costi connessi al fattore lavoro. Le più recenti riforme italiane del mercato del lavoro hanno, in proposito, condotto parte della dottrina giuslavoristica ad evidenziare l'opzione «ideologica» sottesa al modello *core-periphery*, sottolineando come le strategie di flessibilità numerica applicate ai *peripheral groups* siano sempre meno giustificate da reali necessità di far fronte a mutamenti quantitativi della produzione di beni e servizi, essendo invece «la struttura binaria *core-periphery* fondata sulla diversificazione professionale dei lavoratori»<sup>200</sup>, con il conseguente effetto di relegare i lavoratori scarsamente qualificati nella «trappola della precarietà e della bassa qualifica professionale»<sup>201</sup>. È, pertanto, comprensibile l'atteggiamento di quella parte della dottrina giuslavoristica che, percependo l'opzione ideologica sottesa alle recenti riforme del mercato del lavoro, ha duramente contestato il tentativo di deregolamentazione/liberalizzazione dei contratti con un termine finale di durata.

Ferma, dunque, la necessità del diritto del lavoro di tutelare i valori e la dignità della persona di fronte a strategie datoriali opportunistiche, può comunque in questa sede essere utile accennare ad alcune delle ragioni che hanno contribuito a rendere il modello della *flexible-firm* di Atkinson teoricamente debole e che, tutt'ora, consentono di sfatare l'assolutezza del postulato secondo cui il ricorso ai lavori a termine produca effetti benefici sulla efficienza e sulla competitività dell'impresa e/o sia comunque funzionale ad un utile risparmio di costi nella gestione della forza lavoro. Tali ragioni trovano fondamento in diversi approcci teorici, cui di seguito si accennerà, vale a dire nelle teorie *competence based* dell'impresa, nello stesso schema istituzionalista di analisi dei mercati interni del lavoro – cui in parte si è ispirato lo stesso Atkinson –, ma pure nelle teorie neo-istituzionaliste dell'impresa.

<sup>199</sup> A. Kalleberg, *Coinvolgimento e flessibilità: i cambiamenti delle relazioni di lavoro nelle società industriali*, in *Soc. Lav.*, 1990, p. 11. In generale sulle contraddizioni fra i vari tipi di flessibilità v. di recente E. Reyneri, *Flessibilità: molti significati, alcune contraddizioni*, in *Soc. Lav.*, 2003, p. 24.

<sup>200</sup> V. U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, p. 83.

<sup>201</sup> D. Snower, *The low-skill, bad-job trap*, in A. Booth, D. Snower (eds.) *Aquiring skill*, Cambridge, 1996, p. 109.



### 3. Le teorie dell'impresa «*competence-based*».

Un primo ambito teorico, del tutto trascurato nel modello di Atkinson, da cui è possibile trarre argomenti per dubitare dei potenziali effetti benefici di una diffusione dei lavori a termine sul funzionamento dell'impresa, trae spunto da un importante filone della letteratura economica, poi confluita in un'ampia branca delle scienze sociali e nelle teorie di *strategic management*, sulle teorie *competence-based* dell'impresa.

Un contributo fondamentale allo sviluppo di tali teorie è rinvenibile nel lavoro di Edith Penrose del 1959 che, nell'ambito dell'analisi dei fattori che influenzano la crescita dell'impresa come «collezione di risorse produttive», dedica ampia parte del suo studio all'analisi delle risorse umane, le uniche capaci di incorporare conoscenze tecniche, abilità e esperienza. La Penrose, in particolare, sottolinea la distinzione fra risorse e servizi che queste possono erogare. Il nodo cruciale dell'analisi dell'economista britannica è che una data serie di risorse produttive può, nel tempo, espandere e sviluppare le proprie capacità di erogare servizi e/o di produrre beni. Ne deriva la tesi secondo cui l'appartenenza continua e prolungata dei lavoratori all'impresa è una scelta strategicamente benefica, atteso che la perdita di un lavoratore si traduce in una perdita di conoscenze preziose per l'impresa medesima. Ogni impresa è *unica* e differente dalle altre proprio perché è un combinato di risorse e di conoscenze che possono fornire ogni giorno nuove «opportunità produttive» in grado di plasmare il mercato, più che reagire passivamente ad esso<sup>202</sup>.

L'analisi della Penrose è coerente con l'approccio allo studio dei comportamenti d'impresa e alla natura del contratto di lavoro adottato da Frank H. Knight<sup>203</sup>. Tale approccio evidenzia come in un mercato caratterizzato da elementi di incertezza, i soggetti con minore propensione al rischio preferiranno mettere la propria attività alle dipendenze di un altro soggetto e così ottenere garanzie e un reddito fisso a prescindere dal verificarsi di eventi negativi che, dunque, eventualmente colpiranno il solo imprenditore il quale, avendo accettato il rischio, sopporterà il costo degli eventi negativi medesimi<sup>204</sup>. Nella visione di Knight, tuttavia, l'impresa, in generale, e il contratto di lavoro, in particolare, hanno anche la funzione di porre l'imprenditore al riparo da tutta una serie di incertezze connesse alle difficoltà di misurare accuratamente la qualità e il valore degli *skill* di un individuo, nonché all'incapacità di prevedere gli *skill* che gli serviranno nel futuro<sup>205</sup>. Sulla scorta di tale insegnamento, che presuppone una situazione di incertezza in grado di rendere difficile il reperimento delle risorse sul mercato, la Penrose sviluppa, pertanto, una concezione d'impresa nel cui ambito le risorse umane stabilmente occupate nell'impresa e i processi di formazione giocano, nel tempo, un ruolo essenziale nel migliorare i prodotti e i servizi offerti dall'impresa medesima.

Le teorie dell'impresa basate sulla conoscenza hanno prodotto una copiosa letteratura economico-organizzativa che si è occupata delle connessioni fra i vari tipi di flessibilità e la capacità

---

<sup>202</sup> E. Penrose, *The theory of the Growth of the Firm*, Oxford, 1959.

<sup>203</sup> F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago-London, 1921.

<sup>204</sup> Cfr. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 8.

<sup>205</sup> Cfr. F. Knight, cit., p. 223.



dell'impresa di innovarsi costantemente tramite uno sviluppo delle risorse e delle *capabilities*<sup>206</sup>. Secondo tale approccio, vi sarebbe una evidente correlazione negativa fra utilizzo della flessibilità numerica in entrata e sviluppo dei processi di innovazione. Un elevato *turnover* delle risorse e/o una deregolamentazione dei rapporti di lavoro con un termine finale inciderebbero negativamente sulla capacità dell'azienda di innovare i propri prodotti e/o servizi, poiché appunto tale *turnover* produrrebbe una svalutazione del capitale cognitivo dell'azienda medesima<sup>207</sup>, un impoverimento del rendimento produttivo dei lavoratori in termini di flessibilità funzionale e, di conseguenza, una riduzione di quella che è stata definita la «flessibilità innovativa» dell'impresa<sup>208</sup>.

#### 4. L'economia istituzionale e i «mercati interni» del lavoro.

Un altro ambito teorico che conferma i dubbi del giurista sugli effetti benefici per l'impresa di una cospicua diffusione di relazioni contrattuali a termine è, poi, rinvenibile in quella letteratura economica istituzionalista, cui lo stesso Atkinson si era ispirato, senza tuttavia tenere conto di alcuni importanti insegnamenti da quella teoria sviluppati. Il modello *core-periphery*, infatti, non prende in considerazione tutta una serie di circostanze e di fattori istituzionali chiave, che invece avevano spinto Doeringer e Piore a considerare maggiormente efficienti per l'impresa i mercati interni del lavoro. Secondo l'approccio istituzionalista sopra ricordato, numerosi sono i fattori che generano e rendono più convenienti per le imprese e per i lavoratori lo sviluppo di mercati interni del lavoro. La specificità della professionalità del lavoratore che richiede un particolare addestramento, le conoscenze specifiche acquisite dal lavoratore in azienda, la familiarità con l'ambiente e con i colleghi di lavoro e/o l'appartenenza ad un gruppo<sup>209</sup>, ma pure la sussistenza di consuetudini.

La «consuetudine» – secondo Doeringer e Piore –, riferita ad un contesto di lavoro, è definita come un complesso di norme di comportamento non formalizzate generate dalle esperienze passate. Quando l'occupazione è stabile, i lavoratori si trovano in una continuità di rapporti che consente la formazione di gruppi sociali, tendenti a generare una serie di norme che governano le relazioni tra i membri del gruppo e tra il gruppo e l'ambiente esterno.

Come è stato recentemente scritto, per il giurista del lavoro l'approccio economico istituzionalista fornisce una certa «sensazione di aria di casa»<sup>210</sup>. Secondo tale approccio, infatti, i mercati interni del lavoro non sono da preferire soltanto perché in grado di garantire una maggiore efficienza per l'impresa, ma pure perché in grado di assicurare il rispetto di valori quali l'«equità» e la «giustizia», così sottolineando il ruolo delle istituzioni nel promuovere meccanismi di «giustizia distributiva»<sup>211</sup>.

Dopo gli anni settanta e ottanta la letteratura di impostazione istituzionalista non ha più prodotto

<sup>206</sup> Sulle teorie dell'impresa basate sulla conoscenza, nell'ambito delle teorie sui processi di disintegrazione verticale dell'impresa, v. A. Lo Faro, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, ed. provvisoria, p. 43. La nozione di *capabilities* nella letteratura economico-organizzativa si deve a G. Richardson, *The Organization of Industry*, in *Ec. Jour.*, 1972, p. 79.

<sup>207</sup> J. Michie, M. Sheehan, *Labour Market Deregulation, "Flexibility" and Innovation*, in *Cambridge Jour. Ec.*, 2003, p. 123.

<sup>208</sup> Sulla «flessibilità innovativa» v. T. Killick, *The Flexible Economy*, London, 1995, p. 15.

<sup>209</sup> Sotto tale profilo P.B. Doeringer, M. Piore, cit., p. 205, richiamano espressamente l'idea di impresa come *gruppo* sviluppata dalla Penrose.

<sup>210</sup> Sull'istituzionalismo e per una analisi delle ragioni per le quali «il giuslavorista possa sentirsi a suo agio con esso» si rinvia alle riflessioni di R. Del Punta, cit., p. 24 ss.

<sup>211</sup> Cfr. D. Levine et al., *How New is the "New Employment Contract"?*, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2002, p. 9.

risultati significativi. Gli strumenti analitici introdotti non sono stati tuttavia del tutto abbandonati, poiché – come si vedrà nelle pagine che seguono – taluni elementi che hanno indotto tale teoria a valorizzare i mercati interni del lavoro trovano riscontro pure in altri più recenti modelli economici di analisi del rapporto e del mercato del lavoro.

## 5. I costi di transazione e il neo-istituzionalismo.

Sotto un diverso punto di vista è possibile poi ricordare come la propaganda delle strategie di *turnover* quale ricetta per una efficiente gestione dell'impresa trascura di considerare alcuni dei postulati di un'altra cospicua parte della letteratura economica di impostazione neo-istituzionalista, che ha teorizzato la sussistenza «costi d'uso del mercato».

La paternità della «scoperta» della presenza di «*marketing costs*», come è ormai noto anche ai giuristi del lavoro, è da attribuire all'economista inglese Ronald Coase che, in un celebre saggio del 1937<sup>212</sup>, ha messo in evidenza come servirsi del mercato comporti dei costi che divengono sempre più elevati man mano che aumenta il numero di soggetti coinvolti. Se tutte le transazioni potessero avere luogo senza costo il mercato sarebbe il miglior regolatore di se stesso. Ma il mercato non è perfetto e usarlo ha un costo. L'impresa, dunque, - secondo Coase - esiste perché in molte occasioni l'organizzazione delle relazioni contrattuali tramite gerarchia/impresa può essere una soluzione più efficiente del ricorso al mercato.

L'intuizione di Coase è stata più tardi sviluppata da Oliver Williamson nella cosiddetta «economia dei costi di transazione»<sup>213</sup>. I costi di transazione – che altro non sono che dei fallimenti del mercato - sono prodotti da fattori sia umani, sia ambientali. I fattori umani sono dovuti al fatto che gli individui sono dotati di una «razionalità limitata», di scarse capacità di elaborare le informazioni e l'esperienza acquisita, e sovente pongono in essere comportamenti opportunistici. Vi è poi una numerosa serie di fattori ambientali che fanno aumentare i costi di transazione: informazioni asimmetriche, incertezza, complessità delle informazioni. Nell'approccio di Williamson non è dato rinvenire alcuna valutazione di preferenza per il mercato o la gerarchia, perché di volta in volta la struttura organizzativa ottimale di una impresa sarà quella che meglio consentirà di minimizzare i costi di transazione<sup>214</sup>.

Con riguardo alle relazioni di impiego Williamson mostra una certa predilezione per le relazioni contrattuali stabili, in grado di impedire comportamenti opportunistici da entrambe le parti. Tuttavia, dal punto di vista del giurista del lavoro, è possibile rilevare come la visione di Williamson sia miope o, tutt'al più, confidi eccessivamente nelle doti del mercato. Il problema dei costi di transazione è, infatti, collegato in maniera proporzionale al grado di specificità di una data risorsa per l'impresa. Quando, precisa l'autore, «le mansioni svolte da risorse umane non sono specifiche

---

<sup>212</sup> R. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, n. 4, p. 386.

<sup>213</sup> O.E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, 1975; Ead. *The Economics of Organization: the Transaction Cost Approach*, *American Jour. Soc.*, n. 3 (entrambi gli scritti sono qui citati nella trad. it. in R. Nacamulli, A. Rugiadini, cit., pp. 161 e 285).

<sup>214</sup> Tale teoria è stata oggetto di particolari attenzioni da parte dei giuslavoristi; v. i contributi di P. Loi, cit., p. 547; R. Del Punta, cit., p. 29; P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 6; A. Lo Faro, cit., p. 27 ss.; nella letteratura anglosassone v. S. Deakin, F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 592.

e la loro efficacia è facilmente misurabile, per cui queste possono valutarsi continuamente confrontandole con le condizioni presenti nel mercato, né l'impresa, né i lavoratori hanno interesse a mantenere il rapporto: i lavoratori possono cambiare impiego senza perdita di produttività e l'impresa può rimpiazzarli senza incorrere in costi di apprendimento, di fatto nessuna struttura di governo è escogitata a sostegno delle relazioni in atto. Difatti la relazione di impiego termina quando una delle due parti è sufficientemente insoddisfatta: possiamo dire che esiste un mercato *spot* del lavoro»<sup>215</sup>.

La preferenza per le relazioni stabili è dunque riferita solo ai lavoratori *asset specific*, cioè ai lavoratori maggiormente qualificati, ma – appunto – si tratterebbe di una prospettiva miope perché, come è stato osservato, tale analisi considererebbe efficiente l'attribuzione di tutele a chi ne avrebbe meno bisogno<sup>216</sup>.

Se tale miopia in parte è davvero addebitabile a Williamson, è però anche vero che quella del mercato *spot* del lavoro è solo una delle possibili strutture organizzative prese in considerazione dall'autore, e nemmeno la più importante. Vi sono numerose altre condizioni in cui Williamson mostra di ritenere più efficienti le relazioni di lunga durata. Si tratta dei casi in cui, pur non essendo le risorse specifiche, il lavoro non può essere misurato facilmente, perché magari si tratta di un lavoro svolto all'interno di una squadra, la cui produttività non può che essere valutata collettivamente<sup>217</sup>; oppure con riguardo a mansioni in cui l'apprendimento *on the job* ha un peso specifico<sup>218</sup>; o, infine, in tutti quei casi in cui l'impresa si struttura come «gruppo relazionale», vale a dire tramite relazioni contrattuali basate sulla fiducia, sulla sicurezza del posto di lavoro e sulla sicurezza contro lo sfruttamento. In tutti questi casi, precisa Williamson, sia il datore, sia il lavoratore sono interessati a mantenere la continuità della relazione di impiego<sup>219</sup>. Le relazioni di impiego rappresentano, dunque, una di quelle ipotesi in cui l'«atmosfera»<sup>220</sup> - intesa come contesto culturale in cui operano i soggetti - può influenzare in maniera significativa la scelta verso il mercato o la gerarchia.

Non è possibile, dal punto di vista giuslavoristico, enfatizzare oltre la posizione di Williamson; nella sua teoria dei costi di transazione non ci sono i diritti<sup>221</sup>, c'è solo l'efficienza. Non c'è la necessità di tutelare la dignità del lavoratore, ma solo quella di invitare gli operatori economici ad attrezzarsi per prevenire i fallimenti del mercato. Non c'è la pretesa di assicurare al lavoratore una occupazione stabile, né di garantirgli che al termine della relazione lavorativa possa trovarne un'altra, non c'è insomma l'anima, vecchia e nuova, del diritto del lavoro.

Tuttavia, come si vedrà nelle pagine che seguono, la teoria di Coase, come interpretata e sviluppata da Williamson, ha costituito il presupposto per la costruzione di alcuni modelli economici

<sup>215</sup> O.E. Williamson, cit., p. 304.

<sup>216</sup> Così A. Lo Faro, cit., p. 39.

<sup>217</sup> Williamson si riferisce al modello di impresa A. Alchian, H. Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American Ec. Rev.*, 1972, p. 777 che, in sostituzione del mercato, consente di economizzare i costi di scoperta dei risultati, e in cui la produzione di squadra consente di minimizzare i cosiddetti «costi di elusione» (costi sostenuti quando il lavoratore non si identifica con gli obiettivi aziendali).

<sup>218</sup> Vale a dire i casi in cui P.B. Doeringer e M. Piore, cit., p. 201 ss., avevano ipotizzato la necessità di sviluppo dei mercati del lavoro interni.

<sup>219</sup> O.E. Williamson, cit., p. 305.

<sup>220</sup> O.E. Williamson, cit., p. 182.

<sup>221</sup> Così R. Del Punta, cit., p. 32.

che hanno largamente influenzato pure il dibattito giuslavoristico degli anni novanta.

## 6. I modelli economici che presuppongono l'esistenza di costi di *turnover* e i possibili effetti di una liberalizzazione dei contratti a termine.

Si è visto, fino ad ora, come nella letteratura economica non manchino analisi che abbiano considerato le relazioni di lavoro stabili come soluzione più efficienti rispetto a pratiche di *turnover*. La letteratura fino ad ora analizzata si è tuttavia soffermata sui profili riguardanti le valutazioni e a comportamenti dei singoli operatori nella ricerca delle strategie aziendali maggiormente efficienti. Nulla si è detto ancora sui possibili effetti benefici della diffusione dei lavori a termine sui livelli occupazionali. A quest'ultimo proposito, è possibile ricordare, come numerosi sono ormai gli studi economici che hanno messo in evidenza l'inesistenza di una positiva e univoca correlazione fra liberalizzazione dei lavori a termine e aumento dei livelli occupazionali<sup>222</sup>.

Al fine di comprendere meglio taluni critiche avanzate contro una deregolamentazione *tout court* dei lavori a termine può essere opportuno analizzare brevemente alcuni ulteriori modelli economici: si tratta di analisi che sono state utilizzate per spiegare economicamente la presenza e la persistenza dei tassi di disoccupazione, ma che pure hanno contribuito a chiarificare la *ratio* di talune strategie aziendali nella determinazione dei salari e nella preferenza verso relazioni contrattuali stabili, in luogo di pratiche di *turnover*. I tre modelli teorici che brevemente saranno presi in considerazione nelle pagine che seguono riguardano le teorie sui salari di efficienza, il modello *insider-outsider* e il modello di *search*.

### 6.1. La job security nei modelli «efficiency wages» e «insider-outsider».

Le «teorie sui salari di efficienza» – cosiddetti *efficiency wages models* - e il modello *insider-outsider* costituiscono due possibili impostazioni teoriche utilizzate dalla letteratura economica per analizzare i meccanismi sottesi alla determinazione dei salari, ma soprattutto per spiegare il fenomeno della disoccupazione di lunga durata facendo riferimento, da un punto di vista microeconomico, al comportamento degli operatori sui mercati del lavoro.

Presupposto di entrambe le teorie è l'esistenza di «costi di *turnover* del lavoro», che altro non sono che un «tipo di costi di transazione, come teorizzati da Coase e da Williamson»<sup>223</sup>, in grado di influenzare i comportamenti delle imprese e quelli dei lavoratori. In particolar modo, presupposto del modello *efficiency wages* è che i salari siano determinati unilateralmente dalle imprese, mentre nel modello *insider-outsider* l'indagine si concentra sulla possibilità dei lavoratori e delle

<sup>222</sup> Molto spesso, in tali studi economici, i contratti di lavoro a termine e il lavoro temporaneo tramite agenzia sono considerati congiuntamente. Sul punto v. D. Young, *Employment protection legislation: its economic impact and the case for reform*, European Economy, European Commission, Economic Papers n. 183, 2003, 19. Per alcune osservazioni sulla situazione nel Regno Unito v. A. Booth, M. Francesconi, J. Frank, *Temporary jobs: Spepping stones or Dead ends*, in *Ec. Jour.*, 2002, p. 189; sul caso francese v. O. Blanchard, A. Landier, *The perverse effects of partial labour market reform: Fixed term contracts in France*, in *Ec. Jour.*, 2002, p. 214; P. Cahuc, F. Postel-Vinay, *Temporary jobs, employment protection and labour market performance*, in *Labour Economics*, 2002, p. 63; sul caso spagnolo, in cui più evidente è stato il fallimento - in termini di crescita occupazionale - delle politiche di liberalizzazione dei contratti a termine v. M. Guell, B. Pentrangolo, *How binding are legal limits? Transition from temporary to permanent work in Spain*, Discussion Paper IZA, DP n. 782, Bonn, 2003; J. Dolado, C. Serrano, J. Jimeno, *Drawing lessons from the boom of temporary jobs in Spain*, in *Ec. Jour.*, 2002, p. 270.

<sup>223</sup> A. Lindbeck, D.J. Snower, *The Insider – Outsider Theory: A Survey*, IZA Discussion Paper Series n. 534, 2002, p. 3.

organizzazioni sindacali di influire sulla determinazione dei salari medesimi.

a) Nella letteratura economica vi è una pluralità di *efficiency wages models*<sup>224</sup>. Tutti traggono spunto dal fatto che le imprese dispongono di informazioni imperfette (o asimmetriche) sulla produttività e/o sul comportamento dei lavoratori. Tale premessa spinge le imprese a prendere in considerazione una serie di circostanze connesse alla possibilità di *turnover*. In particolare, l'imprenditore sarebbe in grado di conoscere la produttività media dei lavoratori già occupati, sulla base delle loro caratteristiche, ma non sarebbe in possesso di alcuna informazione sulla produttività di un lavoratore di nuova assunzione. Semplificando notevolmente la complessità del ragionamento, l'ipotesi fondamentale che accomuna tali modelli economici perviene alla conclusione in base alla quale, l'impresa, in presenza di asimmetrie informative, troverebbe conveniente mantenere le persone già occupate e qualificate anche se con salari più alti, poiché vi sarebbe una diretta corrispondenza fra maggiori salari e maggiore produttività media del lavoro. L'ammontare dei salari includerebbe anche il cosiddetto «costo di efficienza del lavoro», vale a dire la possibilità di usufruire di lavoro già qualificato/addestrato e la cui produttività è già stata testata all'interno dell'azienda, piuttosto che sostenere i costi – evidentemente incerti e potenzialmente più elevati – di nuove assunzioni. Per ogni nuova assunzione, infatti, le imprese devono sopportare un costo (identificabile in uno spreco di tempo e di risorse) al fine di equiparare il lavoratore proveniente dall'esterno a quello già occupato, nello svolgimento dei medesimi compiti produttivi<sup>225</sup>. Tale teoria, dunque, trova fondamento nella presenza di fallimenti del mercato definibili di «selezione avversa» (*adverse selection*), dovuti al fatto che l'impresa, non essendo in grado di conoscere *ex ante* la produttività di un lavoratore di nuova assunzione, potrebbe commettere errori nella selezione.

Vi sono, poi, altre versioni della teoria dei salari di efficienza che prendono invece in considerazione i rischi connessi a comportamenti opportunistici di una delle parti (*moral hazard*). In queste ulteriori versioni, si presuppone che il lavoratore abbia la tendenza a sottrarsi ai suoi obblighi produttivi, abbia cioè la tendenza a comportarsi come uno «*shirking worker*» (uno «scansafatiche»). Per evitare tale comportamento, le imprese sarebbero indotte ad aumentare il livello del salario, così da sollecitare lo sforzo del lavoratore che temendo di rimanere senza lavoro, in un contesto di disoccupazione involontaria, sarebbe spinto ad impegnarsi di più<sup>226</sup>.

Secondo una ulteriore versione di tale teoria, la produttività del lavoratore non sarebbe soltanto collegata al salario, ma anche al livello qualitativo della relazione fra datore e lavoratore e, in generale, alla percezione del lavoratore di essere trattato equamente (*fairly*), di essere stimato e apprezzato. In questa versione il salario non rappresenterebbe solo la remunerazione per il lavoro svolto, ma pure - in chiave psicologica - una sorta di «dono» (*gift*) avente la funzione di premiare l'impegno mostrato dal lavoratore<sup>227</sup>.

<sup>224</sup> V. C. Lucifora, *La teoria dei salari di efficienza*, Milano, 1990; v. inoltre P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 446.

<sup>225</sup> V. la versione *turnover model* di J.E. Stiglitz, *Equilibrium Wage Distributions*, in *Ec. Jour.*, 1985, p. 595.

<sup>226</sup> V. la versione *shirking model* proposta da C. Shapiro, J. Stiglitz, *Equilibrium Unemployment as a Worker Device*, in *The American Ec. Rev.*, 1984, p. 433.

<sup>227</sup> È questa la versione *sociological or gift-exchange model* di G. Akerlof, *Labour Contracts as Partial Gift Exchange*, in *Quar. Jour. Ec.*, 1982, p. 543.

Le teorie sui salari di efficienza sono state utilizzate, oltre che per spiegare i possibili meccanismi che determinano l'ammontare dei salari, anche per fornire una risposta alla cosiddetta «disoccupazione involontaria di equilibrio»<sup>228</sup>. In base a tale teoria, infatti, la rigidità dei salari verso il basso determina la presenza nel mercato di un livello naturale di disoccupazione.

Ciò che però in questa sede preme sottolineare, è il fatto che – in tali modelli - le imprese scelgono *strategicamente* di pagare salari elevati ai propri lavoratori e di evitare pratiche di *turnover*, sul presupposto che questa sia la soluzione più efficiente. Stabilità del lavoro e elevati salari sono la «ricetta» per tutelarsi contro i rischi di un *turnover*, che a causa di asimmetrie informative potrebbe rivelarsi molto costoso, ma pure per stimolare la produttività dei lavoratori, per scoraggiare comportamenti opportunistici, per creare una relazione fra datore e lavoratore psicologicamente incentivante, ecc.

A questo punto il giurista non può che prendere atto che esiste un intero filone di letteratura economica che considera le strategie di *turnover* come tendenzialmente inefficienti, così risultando – ancora una volta - intaccata l'assolutezza del postulato di una positiva correlazione fra utilizzo dei lavori a termine e aumento della competitività dell'impresa. Da questo punto di vista, l'impatto di una liberalizzazione dei contratti con un termine finale di durata potrebbe avere un effetto ambiguo, poiché i nuovi assunti potrebbero avere la percezione di essere una sorta di «*buffer stock*»<sup>229</sup>, di cui ci si libererà a breve e, in ogni caso, al ricorrere di condizioni economiche non favorevoli. Tale situazione e la consapevolezza da parte degli stessi di trovarsi in una situazione lavorativa senza futuro, potrebbe aumentare le possibilità che tali lavoratori si comportino come *shirking workers*, così pregiudicando i livelli di produttività aziendali.

Probabilmente si potrebbe pervenire a una diversa valutazione qualora l'assunzione a termine fosse percepita dal lavoratore come «periodo di prova». In tal caso, infatti, il lavoratore potrebbe avvertire la possibilità di una futura assunzione e tempo indeterminato come «dono» – nell'accezione di Akerlof<sup>230</sup> – cui poter legittimamente aspirare, e dunque essere spinto ad impegnarsi anche se assunto con un contratto a termine. Considerazioni in parte diverse possono pure essere fatte nel caso del lavoro temporaneo tramite agenzia: in questo caso, dal punto di vista delle asimmetrie informative sulle reali capacità dei nuovi assunti, è probabile che il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia possa ridurre taluni costi per l'impresa, garantendo l'invio presso l'utilizzatore di lavoratori temporanei già collaudati. È probabile, inoltre, che il lavoratore temporaneo inviato da una agenzia possa anche astenersi dal comportarsi come uno *shirking worker*, consapevole che dal suo comportamento presso quella impresa utilizzatrice possa dipendere la possibilità di lavorare ancora con la agenzia che lo ha inviato in missione.

In ogni caso, è bene precisare che gli effetti di una diffusione dei lavori a termine alla luce delle teorie sui salari di efficienza rimangono fortemente ambigui. Il datore sarebbe, infatti, propenso a rifiutare nuove assunzioni anche qualora il nuovo assunto accettasse di lavorare ad un salario inferiore a quello dei lavoratori già occupati, poiché - come si è visto - vi è un costo di efficienza

<sup>228</sup> G. Corneo, *I salari di efficienza*, Cap. XIV, in Brucchi Luchino (a cura di), *Manuale di economia del lavoro*, Bologna, 2001, p. 315.

<sup>229</sup> Sui lavoratori temporanei come «*buffer stock*» v. A. Booth. *et. altri*, cit., 2002, p. 189.

<sup>230</sup> G. Akerlof, cit., p. 513.

del lavoro che potrebbe in ogni caso rendere la nuova assunzione più costosa rispetto alla strategia di mantenere salari elevati per i lavoratori occupati stabilmente. Se a tutto questo si aggiunge che laddove – come impone la direttiva comunitaria per il lavoro a termine - esiste un principio di parità di trattamento fra lavoratori temporanei e lavoratori a tempo indeterminato, sarà facile constatare che l'impresa non potrà nemmeno cercare di addossare tale costo di efficienza del lavoro sul nuovo assunto<sup>231</sup>.

b) Pure il modello *insider-outsider* teorizzato da Lindbeck e Snower nel 1988, e divulgato da Pietro Ichino nel dibattito giuslavoristico italiano, prende spunto dalla sussistenza di costi di *turnover* delle risorse in grado di attribuire ai lavoratori *insider* un elevato potere contrattuale nei confronti del datore.

La teoria *insider-outsider* è stata utilizzata per spiegare come, in presenza di cause esogene che provocherebbero una disoccupazione di breve periodo, il comportamento individuale e/o collettivo dei lavoratori che rimangono occupati (*insider*) è tale da rendere più difficile il reinserimento nel mercato di coloro che ne sono stati temporaneamente esclusi (*outsider*). I costi di *turnover* possono avere una triplice natura: a) costi di assunzione (ricerca e selezione), formazione (e inserimento nel contesto aziendale) e costi di licenziamento<sup>232</sup>; b) costi dovuti ad asimmetrie informative sulla produttività dei nuovi assunti; c) costi dovuti al comportamento degli *insider* che coalizzandosi fra loro potrebbero rifiutarsi di collaborare con i nuovi lavoratori. Tale comportamento, definito *harassment*, potrebbe avere effetti rilevanti sulla produttività sia degli *insider* (che si impegnerebbero meno), sia degli *outsider* che non si integrerebbero nell'ambiente di lavoro, o si integrerebbero solo dopo molto tempo, per cui per un certo periodo il datore sarebbe costretto a pagare il lavoratore neo-assunto, nonostante la sua produttività sia inferiore alla produttività media degli *insider*. Ciò, a sua volta, farebbe aumentare il potere contrattuale degli *insider* e li spingerebbe a chiedere salari più elevati. Da questo punto di vista, il comportamento degli *insider*, con potere di mercato direttamente o per il tramite della loro appartenenza a organismi sindacali, si ergerebbe a vera e propria barriera al rientro dei disoccupati con effetti sia sulla produttività dell'azienda nel caso di nuove assunzioni, sia sul mantenimento di livelli elevati di disoccupazione<sup>233</sup>.

Detti costi di *turnover*, sopra elencati, sono tutti *egualmente* importanti, per cui «è erroneo ritenere che tali costi di *turnover* siano rilevanti solo in quei mercati del lavoro caratterizzati da una legislazione protettiva stringente e da un elevato livello di sindacalizzazione, come in molti paesi

<sup>231</sup> La possibilità di far pagare al nuovo assunto una sorta di *entrance fees*, è presa in considerazione da J. Stiglitz, cit., p. 605 che, comunque, individua una serie di ragioni per le quali tale strada sia da ritenere non praticabile e non sempre ottimale per l'impresa.

<sup>232</sup> Che sono – come espressamente ricordano A. Lindbeck, D.J. Snower, *The Insider – Outsider Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge Mass, 1998, p. 45 – quegli stessi costi che rendono il lavoro un «fattore quasi fisso». Sulla concezione del lavoro quale «fattore quasi fisso» fondamentale è stato il contributo fornito da W. Oi, *Labor as Quasi-Fixed factor*, in *Jour. Pol. Ec.*, vol. 70, n. 6, p. 538.

<sup>233</sup> Sul punto cfr. la ricostruzione proposta da A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 475. V. però le osservazioni di R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela dei lavoratori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, p. 405 che sottolinea come tale teoria sia stata utilizzata al di là delle sue implicazioni originali per sottoporre a critica l'esistenza di una disciplina sui licenziamenti e per mettere a nudo l'antitesi, politicamente e sindacalmente esplosiva, fra occupati e disoccupati. Per una critica alla ricostruzione di P. Ichino «quando propone una relazione meccanicista tra tutele degli *insiders* e possibilità di accesso al mercato del lavoro degli *outsiders*» v. pure L. Mariucci, *Dopo la flessibilità cosa?*, cit., p. 1046.



europei. Pure da recenti indagini è, infatti, possibile rilevare come tali costi di *turnover* del lavoro siano diffusi e significativi pure in assenza di costi di licenziamento, di sindacalizzazione, o di altre forme di legislazione protettiva del lavoro»<sup>234</sup>. Il dualismo *insider-outsider* è, dunque, una questione complessa che certamente non può essere risolta unicamente tramite processi di deregolazione delle tutele degli *insider*, poiché come si è visto altre, e ugualmente importanti, sono le barriere che gli *insider* potrebbero ergere contro l'ingresso degli *outsider*.

Agli occhi del giurista, tuttavia, se già il rapporto *insider-outsider* appare problematico - considerando gli *outsider* come lavoratori che, entrando in azienda con un contratto di lavoro a tempo indeterminato, aspirano a diventare *insider* - tutto sembra destinato a complicarsi se l'*outsider* resta tale pure una volta fatto ingresso in azienda. Ciò accade nell'ipotesi in cui il nuovo assunto non abbia un contratto a tempo indeterminato, bensì un contratto a termine. Allora la questione non è più fra chi sta dentro e chi sta fuori, ma fra chi sta dentro in una posizione tendenzialmente garantita e chi sta dentro senza garanzie di sicurezza. Tale connubio di *insider* e *outsider* all'interno della medesima azienda può avere effetti perversi e contraddittori.

Il problema della *job security* assume, nella teoria di Lindbeck e Snower, una importanza centrale per comprendere il comportamento dei lavoratori siano essi *insider*, sia *outsider*. Nel riprendere e sviluppare alcuni assunti della teoria sui salari di efficienza, Lindbeck e Snower individuano, infatti, una positiva e diretta correlazione tra *job security* e produttività dei lavoratori.

Quando l'impresa aumenta il tasso di *turnover*, così minacciando di sostituire gli *insider* con degli *outsider*, la produttività degli *insider* diminuisce poiché tale minaccia influisce sul morale provocando un minor attaccamento al lavoro<sup>235</sup>. Nell'ipotesi in cui vi sia una legislazione protettiva contro i licenziamenti e in presenza di un principio di parità di trattamento fra lavoratori a termine e lavoratori *standard*, non è invece escluso che il ricorso da parte del datore a contratti a tempo determinato possa produrre altri effetti indesiderati, quale ad esempio un rafforzamento del potere di contrattazione degli *insider* sui salari, nella consapevolezza che in caso di difficoltà i primi ad essere espulsi dall'azienda saranno i lavoratori a termine (considerati appunto come un *buffer stock*)<sup>236</sup>. Pure dal punto di vista del neo-assunto un elevato grado di *turnover* praticato dall'azienda può condurre ad un aumento dei costi<sup>237</sup>. Il nuovo assunto a termine godrà di una scarsa o nulla *job security*, con poche prospettive di potersi costruire una reputazione all'interno dell'azienda e di farvi carriera e, dunque, come insegna la teoria dei salari di efficienza, sarà maggiormente propenso «a non sforzarsi troppo».

Lindbeck e Snower, in particolare, evidenziano la necessità di distinguere due tipologie di *job security* che possono influire diversamente sulla produttività dei lavoratori e sulle quali, sovente, vi è confusione. Vi è, infatti, una *micronomic* e una *macroeconomic job security*. La prima è la sicurezza di poter rimanere in una data azienda; la seconda, invece, concerne la sicurezza di potersi facilmente rivolgere al mercato del lavoro e poter trovare una nuova occupazione alle medesime

<sup>234</sup> A. Lindbeck, D.J. Snower, *The Insider – Outsider Theory: A Survey*, cit., p. 8.

<sup>235</sup> A. Lindbeck, D.J. Snower, *The Insider – Outsider Theory of Employment and Unemployment*, cit., p. 119.

<sup>236</sup> Così S. Bentolilla, J. Dolado, *Spanish labour markets*, in *Ec. Pol.*, 1994, p. 53.

<sup>237</sup> A. Lindbeck, D.J. Snower, *op. loc. ult. cit.*, p. 45.



condizioni. Mentre il primo tipo di sicurezza influisce positivamente sulla produttività del lavoratore, aumentandola; il secondo tipo di sicurezza potrebbe, al contrario, generare comportamenti opportunistici del lavoratore, sicuro di poter trovare un'altra occupazione<sup>238</sup>. Alla luce di tali premesse, pare possibile trarre le seguenti conseguenze: se al lavoratore manca la *micronomic job security* vi sarà la possibilità di comportamenti scarsamente produttivi; se il lavoratore ha la *macroeconomic job security* l'impresa, per evitare cali nella produttività, sarà costretta a incrementare il salario in funzione incentivante. In nessuno dei due casi, tuttavia, può dirsi conveniente per l'impresa favorire pratiche di *turnover* a causa degli elevati costi cui potrebbe andare incontro.

Il problema, comunque, rimane aperto. La teoria *insider-outsider* è una teoria sulla disoccupazione e il livello di disoccupazione rimane, soprattutto in Europa, elevato. La domanda finale di Lindbeck e Snower sul *cosa fare*, appare pertanto oggi più attuale che mai. Non vi è tuttavia un'unica strada proposta dagli autori, poiché almeno due sono le soluzioni di politica del diritto proponibili. La prima, forse più nota perché sponsorizzata dalle tesi più liberiste, è quella di ridurre il potere degli *insider*, smantellando – laddove esista – la legislazione di tutela, riducendo il potere dei sindacati, ecc. Questa strada tuttavia implica dei costi per l'impresa, dovuti a possibili cali nella produttività degli *insider*, ecc. La seconda soluzione proposta concerne invece l'opportunità di sviluppare le potenzialità degli *outsider*, dando a questi maggior voce nelle negoziazioni sindacali; favorendo meccanismi di apprendistato che facilitino l'ingresso e l'adattamento dei nuovi assunti al contesto lavorativo e, al medesimo tempo, riducano i costi di assunzione; sviluppando programmi di formazione che accrescano le competenze degli *outsider* e li aiutino a rientrare nel mercato del lavoro; oppure ancora favorendo le assunzioni degli *outsider* nelle nuove imprese<sup>239</sup>.

In ogni caso, è certo che una liberalizzazione *tout court* dei lavori a termine non sia presa in considerazione come strada da seguire, poiché – come si è visto – se è vero che i costi di *turnover* possono causare disoccupazione, è anche vero il *turnover* in sé è il più delle volte sinonimo di inefficienza per l'impresa.

## 6.2. Il modello «search» e i «transitional labour markets».

Un altro ambito teorico da cui è possibile trarre utili spunti per riflettere sui potenziali effetti di una liberalizzazione dei contratti a tempo determinato è fornito dai cosiddetti modelli di *search*, noti anche come «teorie della ricerca del posto di lavoro»<sup>240</sup>. In estrema sintesi, è possibile ricordare che in tali modelli si assume che gli offerenti di lavoro preferiscano restare in cerca di un lavoro, anziché accettare qualunque lavoro disponibile, fino a quando non trovino una occupazione «che massimizza la differenza fra reddito atteso grazie alla ricerca del posto di lavoro e i costi in cui il lavoratore incorrerebbe qualora continuasse tale ricerca»<sup>241</sup>. Il comportamento dei lavoratori sarebbe, dunque, tale da determinare disoccupazione al di là del livello naturale.

<sup>238</sup> A. Lindbeck, D.J. Snower, *op. loc. ult. cit.*, p. 140.

<sup>239</sup> A. Lindbeck, D.J. Snower, *op. loc. ult. cit.*, p. 260. Sul rafforzamento del ruolo degli *outsider* v. pure S. Deakin, F. Wilkinson, *cit.*, p. 611.

<sup>240</sup> Per l'analisi e una ricognizione delle varianti esistenti di tale modello v. B. Petrangolo, *Equilibrio in presenza di frizioni*, Cap. VII, in Brucchi Luchino, *cit.*, p. 159 ss.

<sup>241</sup> Cfr. L. Frey, *La problematica occupazionale in Europa: l'analisi degli economisti*, in *Quad. Ec. Lav.*, 1996, p. 113.

Più di recente, tale modello è stato sviluppato da Christopher Pissarides, tramite una lettura meno rivolta a colpevolizzare il lavoratore per i fallimenti del mercato. Presupposto di tale teoria, secondo la ormai nota lezione coasiana, è che gli scambi nel mercato del lavoro costituiscono una *nontrivial economic activity* – vale a dire una attività economicamente costosa – per la presenza fattori eterogenei, di frizioni e di informazioni imperfette degli operatori. In ogni mercato del lavoro vi sono continui processi di *job creation*, quando una impresa cerca lavoratori, li seleziona e contratta con essi, ma pure contemporanei processi di *job destruction*, che si hanno quando un lavoratore passa da una situazione di occupazione ad una situazione di disoccupazione<sup>242</sup>. In ogni situazione di equilibrio vi sarà, dunque, un certo numero di lavoratori che cercano lavoro e un certo numero di imprese che creano e/o distruggono posti di lavoro. La rapidità e l'efficienza del processo di incontro fra lavoratori disoccupati e imprese con posti vacanti (*matching function*) dipende, ovviamente, da una complessa serie di variabili. Grazie all'insegnamento di Coase, si intuisce subito che tale processo di incontro normalmente non avviene istantaneamente, per le note frizioni prima ricordate, in relazione all'intensità della ricerca di entrambe le parti, alla presenza di redditi alternativi goduti dal lavoratore, ecc. Tutte queste difficoltà possono causare fenomeni di *mismatch*, vale a dire situazioni inefficienti nelle quali lavoratori disoccupati e imprese con posti vacanti non si incontrano, così dando luogo a fenomeni di disoccupazione.

Il modello, sopra descritto in maniera elementare, conduce tuttavia ad una immediata considerazione. Se è vero che l'incontro fra disoccupati e aziende con posti vacanti *normalmente* conduce a delle situazioni inefficienti che implicano costi per entrambe le parti e creano una situazione naturale di disoccupazione, tutto lascia presupporre che più elevato è il *turnover*, più vi saranno costi e difficoltà di incontro, e più elevato potrebbe essere il livello di lavoratori che non riescono facilmente a transitare da un lavoro ad un altro. Sulla scorta di tale considerazione, pare lecito dubitare che non sia affatto automatico un aumento dei livelli occupazionali a seguito di una diffusione dei lavori a tempo determinato e, di conseguenza, di un maggiore *turnover* degli occupati.

In base al modello *search* pare tuttavia possibile evidenziare un diverso approccio nella letteratura economica a secondo che i processi di *turnover* avvengano in virtù di un susseguirsi di contratti a tempo determinato o a mezzo di contratti di lavoro temporaneo tramite agenzia.

In quest'ultimo caso, talune analisi si sono soffermate sulla funzione di *matching* svolta dalle agenzie di lavoro temporaneo<sup>243</sup> che, essendo specializzate in questa attività di *search*, paiono in grado di ridurre i costi della ricerca di lavoro – soprattutto i costi dovuti ad informazioni asimmetriche - che normalmente vengono sopportati dalle imprese e dai lavoratori. Le agenzie di lavoro temporaneo, oltre a ridurre i costi di ricerca e selezione, offrono al lavoratore talune prospettive di sicurezza, grazie alla possibilità – alla fine della missione - di ricollocarlo presso altre aziende. Alla luce di questa funzione collocativa, il lavoro temporaneo tramite agenzia è stato considerato

<sup>242</sup> C. Pissarides, *Equilibrium Unemployment Theory*, Cambridge Mass., 2000, p. 3.

<sup>243</sup> Così M. Neugart, D. Storrie, *Temporary Work Agencies and Equilibrium Unemployment*, Discussion Paper FS I 02 –203, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2002. Sulla funzione di *matching* svolta dalle agenzie di lavoro interinale v. anche A. Ichino, F. Maelli, T. Nannacini, *Il lavoro temporaneo in Italia*, 2003, Rapporto finale per la ricerca su *Il Lavoro Interinale in Italia*, 2001; T. Nannacini, *The Take-Off of Temporary Employment in the Italian Labour Market*, EUI Working Paper ECO, n. 2004/9.

uno strumento volto a favorire lo sviluppo di una occupazione «transizionale» (*transitional employment*). A loro volta, le agenzie per il lavoro opererebbero come *transitional labour markets*, vale a dire come istituzioni che facilitano il passaggio dei lavoratori da una occupazione ad un'altra, o che riescono a supportare il lavoratore nell'alternare periodi di lavoro a periodi di formazione<sup>244</sup>. I *transitional labour markets* potrebbero, dunque, agevolare la funzione di *matching* riducendo i costi di transazione connessi alla ricerca del posto di lavoro, così attenuando quei possibili fallimenti del mercato in grado di far aumentare, anziché diminuire, i livelli di disoccupazione.

## 7. Lavori temporanei e prospettive di stabilizzazione.

Di recente, è stato messo in evidenza come la possibilità di incremento dei livelli occupazionali e, soprattutto, delle *chance* che il lavoratore a termine transiti verso una occupazione a tempo indeterminato dipendono fortemente dai motivi in relazione ai quali l'impresa decide di ricorrere a tale strumento contrattuale.

Le cause che tendenzialmente spingono i datori a ricorrere a contratti con un termine finale di durata sono riconducibili a: a) ragioni di flessibilità organizzativa (sostituire lavoratori assenti, attingere temporaneamente a professionalità solitamente non presenti in organico) o produttiva (fare fronte alle fluttuazioni della domanda di mercato); b) selezione e prova di lavoratori che possano essere usati in un secondo momento per ricoprire incarichi permanenti<sup>245</sup>.

La prima categoria è stata sopra ampiamente analizzata nei presupposti teorici, mettendo in evidenza come tali strategie di ricorso al lavoro a termine non possano non tenere conto delle numerose controindicazioni connesse alla diffusione di pratiche di *turnover* in azienda. Se, dunque, una quota di ricorso ai contratti a termine può essere fisiologica per l'efficiente gestione dell'impresa (per sostituzioni, esigenze limitate nel tempo, ecc.), non altrettanto può dirsi per un costante ricorso a relazioni contrattuali temporanee che, si è visto, possono incidere sulla produttività dei lavoratori, ecc. In generale, dal punto di vista della prospettiva di stabilizzazione di un lavoratore può pure ricordarsi come sia lecito dubitare della assoluta veridicità dell'assunto secondo cui una storia lavorativa fatta di continui mutamenti di occupazione possa ritenersi funzionale ad un miglioramento della capacità del lavoratore di competere nel mercato, aumentando le possibilità che questo possa aspirare ad una occupazione stabile e a salari più elevati. Solo brevemente, può infatti ricordarsi come proprio sulla scorta delle sopra analizzate difficoltà connesse alla selezione dei lavoratori da assumere, sia stata elaborata dal premio Nobel Michael Spence la cosiddetta «teoria dei segnali»<sup>246</sup>. Secondo tale teoria, in mancanza di perfette informazioni sulla produttività del lavoratore da assumere, un datore di lavoro sarebbe portato a tenere in considerazione taluni «segnali» in grado di fornire indicazioni sulla bontà della scelta del lavoratore medesimo. Così il datore di lavoro sia per la selezione, sia ai fini della determinazione del salario da offrire al nuovo assunto, terrà conto di una serie di caratteristiche del lavoratore medesimo, quali l'esperienze formative, l'apparenza fisica, l'atteggiamento comportamentale,

<sup>244</sup> V. G. Schmid, *Transitional Labour Markets. A new European Employment Strategy*, in B. Marin, D. Meulders, D. Snower (eds.), *Innovative Employment Initiatives*, Aldershot, 2000, p. 223.

<sup>245</sup> Tale distinzione è utilizzata, seppure con riferimento al solo lavoro temporaneo tramite agenzia, da A. Ichino, F. Maelli, T. Nannacini, cit., p. 12.

<sup>246</sup> M. Spence, *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Processes*, Cambridge, 1974, p. 7.

nonché la *job history* del lavoratore. Da questo punto di vista, è stato osservato che un lavoratore che presenta nel proprio curriculum una storia lavorativa frammentata, fatta di esperienze precarie e di continui passaggi da una occupazione ad un'altra, potrà fornire al datore un segnale negativo in grado di influenzare la scelta di procedere all'assunzione di quel dato lavoratore o la determinazione del salario da offrire al lavoratore medesimo.

La seconda categoria di ragioni di ricorso al lavoro temporaneo rappresenta, invece, il frutto di una esigenza relativamente recente del mondo imprenditoriale. Come è stato rilevato, l'elevata quota di assunzioni a termine molto spesso configura infatti una nuova modalità di ingresso, più che di «precarizzazione»<sup>247</sup>. Il ricorso al lavoro a termine come «periodo di prova lungo» servirebbe a ridurre i costi dovuti ad asimmetrie informative, a cattive o affrettate selezioni dei dipendenti, a consentire una verifica maggiormente ponderata della reale integrazione del lavoratore nel contesto aziendale. D'altra parte, come si è visto, l'assunzione a termine di un lavoratore con la prospettiva di una successiva assunzione a tempo indeterminato potrebbe scoraggiare comportamenti da «scansafatiche» del lavoratore medesimo.

Ciò premesso, è possibile rilevare che le prospettive del contratto a tempo determinato come canale d'accesso al lavoro permanente sono fortemente legate al fatto che le imprese finiscano per usarlo unicamente come strumento di flessibilità, oppure anche come strumento per lo *screening* dei lavoratori da assumere stabilmente. Qualora siano prevalenti le ragioni legate al superamento di problemi di informazione asimmetrica nel mercato del lavoro, infatti, è prevedibile che gli effetti positivi ai fini di una successiva assunzione a tempo indeterminato siano maggiormente rilevanti. Al contrario, qualora le ragioni di pura flessibilità siano preponderanti, è possibile che gli effetti negativi in termini di segmentazione finiscano per sfavorire la transizione verso un posto fisso<sup>248</sup>.

Tali evidenze mettono in luce una funzione dei lavori a termine che non è stata generalmente considerata dai giuslavoristi come consentita dall'ordinamento – almeno fino all'entrata in vigore delle più recenti riforme - in quanto non riflettente un'esigenza aziendale temporanea. Di fatto, dunque, lo strumento del lavoro a termine avrebbe consentito di eludere la normativa legale e contrattuale riguardante il periodo di prova<sup>249</sup>. Paradossalmente, invece, tale causale di ricorso al contratto a tempo determinato – come dimostrato da alcune evidenze empiriche – costituirebbe l'ipotesi principale in grado di favorire la creazione di posti di lavoro stabili.

## 8. Diritto del lavoro e obiettivi di razionalizzazione.

Dalla breve e certamente non esaustiva ricognizione di alcuni modelli economico-organizzativi, nonché sui costi e benefici della diffusione dei contratti di lavoro a termine, pare potersi rilevare che – in fondo – molte delle teorizzazioni sulla flessibilità numerica in entrata non sono poi «così irresistibili»<sup>250</sup>. Il confronto con l'economia è parso, in particolare, utile per dimostrare come, al di là dei facili *slogan*, non sia sempre così facile far quadrare il cerchio della competitività delle

---

<sup>247</sup> A. Accornero, *Pezzi di lavoro*, in *Il Mulino*, 2001, p. 104.

<sup>248</sup> Cfr. A. Ichino, F. Maelli, T. Nannacini, cit., p. 12.

<sup>249</sup> Cfr. A. Montanino, P. Sestito, *Le molte funzioni del lavoro interinale in Italia: da strumento di flessibilità a contratto di prova*, in *Riv. Pol. Ec.*, 2003, p. 144.

<sup>250</sup> R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 19.

imprese, della sicurezza e della garanzia degli standard di trattamento dei lavoratori, dell'incremento dell'occupazione. Diversi sono, infatti, gli studi economici che – come si è visto - inducono a dubitare dell'efficienza di un sistema regolativo che favorisca la sostituzione di relazioni d'impiego "robuste" con percorsi lavorativi basati su relazioni contrattuali temporanee, incapaci di incentivare convenientemente l'investimento in capitale umano, ed inadatte a generare nel lavoratore dipendente quel senso di attaccamento al lavoro che è certamente una componente della sua produttività<sup>251</sup>. Lunghi dall'essere vantaggioso per tutti, un modello di mercato del lavoro non regolato in cui si diffondono relazioni contrattuali "fragili" può dunque determinare esiti svantaggiosi o «inefficienti in senso paretiano»<sup>252</sup>.

Alla luce delle riflessioni sopra fatte, è possibile ripartire dalle premesse da cui ha preso spunto il presente lavoro, vale a dire dall'indagine sugli obiettivi della regolazione sociale in materia di contratti a tempo determinato. A tal proposito, sulla scorta di quanto fino ad ora rilevato, appare innegabile che se è vero che «un diritto che va contro l'economia non è un diritto del lavoro che serve»<sup>253</sup>, è anche vero che, nel tempo, il diritto del lavoro abbia svolto, e possa con maggiore incisione continuare a svolgere anche in futuro, una funzione di razionalizzazione e di controllo dell'uso della flessibilità da parte delle imprese, selezionando ciò che è davvero utile ad esse, da ciò che è inutile, superfluo o, addirittura, solo dannoso per i lavoratori e per l'occupazione. Ad avviso di chi scrive, infatti, la materia dei contratti a termine, in ossequio ai mutamenti economico-sociali verificatesi nell'arco di poco meno di un secolo, ha costituito per il diritto del lavoro un fruttuoso terreno di scambio fra economia e diritto, sul quale, nel tempo, si sono plasmati i diversi interventi regolativi in funzione di «garanzia» e di «razionalizzazione».

L'intreccio indissolubile fra due distinte funzioni del diritto del lavoro, quella appunto «garantista» che enfatizza il ruolo del diritto del lavoro quale strumento di tutela dei prestatori, e quella «razionalizzatrice» del fattore lavoro, sviluppatasi nella tradizione giuridica socialdemocratica tedesca, è stato ben messo in evidenza da una autorevole dottrina che ha sottolineato come tale branca del diritto, all'origine, sia nata come quel campo in cui «attraverso la regolamentazione giuridica dell'*operari dipendente*», avrebbe offerto «all'imprenditore gli strumenti legali della razionalizzazione del fattore lavoro». Il diritto del lavoro sarebbe nato, dunque, «al tempo stesso come strumento di razionalizzazione giuridica dell'economia e di razionalizzazione economica del diritto»<sup>254</sup>. Alla base di tale funzione «razionalizzatrice» vi era l'immagine «titanica», di ispirazione weberiana, dell'imprenditore che riusciva a dominare razionalmente<sup>255</sup> e giuridicamente il processo industriale e i fattori della produzione, in relazione alla quale i principi del diritto del lavoro

<sup>251</sup> Cfr. L. Costabile, cit., p. 358. Sembra così sconfitta l'idea stessa su cui si fondava la «vecchia mitologia del terrore: il lavoratore produrrebbe meglio se rischiasse di perdere il posto di lavoro», già infatti smentita da M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in *Lavoro, Diritto, Mutamento sociale*, 2002, Giappichelli, Torino, p. 165.

<sup>252</sup> L. Costabile, *Aspetti economici del Libro bianco del Ministero del Lavoro*, in *Studi Economici*, 2002, n. 2, p. 120.

<sup>253</sup> M. Napoli, *Il diritto del lavoro e le pretese dell'economia*, cit., p. 152.

<sup>254</sup> Le citazioni sono tratte da G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia*, cit., p. 85.

<sup>255</sup> V. M. Weber, *Economia e società*, I, Milano, 1968. Sull'influsso weberiano nello sviluppo della teorizzazione della funzione razionalizzatrice del diritto v. P. Rossi, *Il processo di razionalizzazione del diritto e il rapporto con l'economia*, in R. Treves (a cura di), *Max Weber e il diritto*, Milano, 1981, p. 19.

sono stati inizialmente formulati «per esaltare e non per limitare» i poteri imprenditoriali<sup>256</sup>.

Nella cultura giuridica italiana, nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, la funzione «razionalizzatrice» del diritto del lavoro è stata, di fatto, per lungo tempo oscurata dal ruolo protagonista assunto dalla funzione «garantista», attraverso la quale il diritto del lavoro ha imposto limiti alla autonomia privata individuale<sup>257</sup> allo scopo prevalente di proteggere il lavoratore, contraente debole<sup>258</sup>. Sul presupposto dell'ideologia liberale secondo cui la correttezza dell'esercizio del potere imprenditoriale fosse garantito da criteri obiettivi imposti dalla tecnologia industriale, il diritto del lavoro si è inizialmente limitato a esercitare tale funzione attraverso l'introduzione di condizioni minime di tutela volte a correggere la disparità di potere contrattuale. Solo con il tempo, come è noto, la presa di coscienza che «le leggi razionali dell'organizzazione del lavoro (di tipo tayloristico) non fossero in grado di mantenere il potere organizzativo del datore di lavoro entro i limiti della discrezionalità tecnica», il legislatore italiano è progressivamente intervenuto a dettare una «normativa di ordine pubblico» con la quale si sono regolati «i rapporti di mercato fra imprenditore e lavoratori»<sup>259</sup>, nella consapevolezza che il mercato del lavoro fosse «caratterizzato da spiccati aspetti di imperfezione e di squilibrio» e che, dunque, la legislazione, ma anche la contrattazione collettiva, potessero e dovessero svolgere una «funzione normalizzatrice del mercato»<sup>260</sup> medesimo, non ultimo tramite il controllo delle modalità di accesso al lavoro. La direttiva ideale di orientamento della regolazione laburista si è pertanto proposta, almeno in astratto, di «coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», con la precisazione che «l'efficienza non è un principio di composizione di contrasti sociali, ma un principio regolativo di essi, o se si vuole una regola del gioco, essenziale anche se certamente non esclusiva, che individua un termine di riferimento comune per le parti in conflitto, su cui si devono operare le misurazioni di compatibilità»<sup>261</sup>.

Accanto alla prevalente funzione «garantista», il diritto del lavoro italiano ha così progressivamente recuperato la propria originaria fisionomia «razionalizzatrice», adeguandola però alla maturata consapevolezza che tale diritto potesse e dovesse essere strumento di razionalizzazione giuridica dell'economia non solo per assecondare, laddove opportuno, comportamenti datoriali diretti a organizzare il fattore lavoro in maniera flessibile, ma anche per correggere, indirizzare e/o disincentivare comportamenti irrazionali produttivi di inefficienze, oltre che ovviamente di costi sociali elevati a carico dei prestatori.

La regolazione laburista sembra, in particolare, essersi ispirata a tale funzione «razionalizzatrice» nei momenti in cui, accanto al perseguimento di obiettivi di tutela del soggetto debole, si è di

<sup>256</sup> Così G. Vardaro, cit., p. 84.

<sup>257</sup> La letteratura sull'intervento dello Stato nel rapporto negoziale è, ovviamente, vastissima, per alcuni riferimenti v. T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 75; P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

<sup>258</sup> Cfr. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, cit., p. 43. Sulla norma inderogabile, di recente, v. M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, p. 510.

<sup>259</sup> Le citazioni sono tratte da L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, cit., p. 387.

<sup>260</sup> Così G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., p. 272. Per l'individuazione di una sorta di «principio di legalità dell'azione imprenditoriale», che presuppone da parte dei lavoratori e dei sindacati un «interesse legittimo a veder gestita l'impresa altrui secondo le migliori regole» e in relazione al quale «lo stesso imprenditore ha in realtà convenienza ad assoggettarsi a strumenti repressivi del proprio arbitrio per gestire in maniera più efficiente l'impresa» v. pure U. Romagnoli, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 120.

<sup>261</sup> G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 334.

fatto proposta l'obiettivo di correggere taluni fallimenti del mercato, e dunque di controllare talune scelte organizzative datoriali economicamente non giustificate, ma anche, con il mutare del contesto economico, di flessibilizzare talune rigidità normative ritenute, in parte, responsabili di aggravare situazioni di disoccupazione di lungo periodo.

### 9. La *ratio* della regolazione dei contratti a termine nell'ordinamento italiano per mezzo della norma inderogabile.

In coerenza con quanto sopra detto, è possibile rilevare come tramite la regolazione dei contratti a termine, il legislatore italiano abbia cercato un punto di equilibrio fra l'esigenza datoriale di poter gestire la propria impresa nel modo più funzionale ai bisogni aziendali e al graduale mutamento della condizioni tecnico-economiche della produzione, l'esigenza del soggetto debole del rapporto a non veder pregiudicate le proprie aspettative di reddito e di occupazione, nonché, con il passare del tempo, l'esigenza di tenere conto della difficile situazione occupazionale che ha afflitto l'economia italiana.

La regolazione sociale dei contratti a tempo determinato ha, infatti, ricercato un compromesso in grado di «armonizzazione i valori dell'efficienza produttiva, di cui è portatore il potere organizzativo dell'imprenditore, con i valori di cui è portatore il fattore lavoro»<sup>262</sup>. In tale prospettiva, consacrata nel disegno costituzionale dall'art. 41 Cost., commi 2 e 3, che ammette l'esistenza di limiti alla libertà di iniziativa economica quando essa si svolga «in contrasto con l'utilità sociale», tanto più l'intervento dello Stato a tutela del riequilibrio delle posizioni contrattuali, della sicurezza, libertà e dignità umana, è stato considerato opportuno e giustificato, quanto più si trattava non di annichilire la libertà di iniziativa economica, comprimendo i valori dell'efficienza, bensì di «razionalizzare» comportamenti potenzialmente produttivi di situazioni economiche non ottimali, e dunque di orientare le scelte datoriali verso soluzioni che fossero, al medesimo tempo, in grado di attenuare il prodursi di fallimenti del mercato e, soprattutto, più coerenti con gli obiettivi sociali della stabilità lavorativa, dell'equa distribuzione del lavoro, delle legittime aspirazioni dei lavoratori di poter intraprendere un percorso professionale, ecc.<sup>263</sup>.

Nel ragionare secondo una prospettiva strettamente economica, nella materia *de qua*, la norma inderogabile è stata posta, con modalità e tecniche che si sono diversificate nel tempo, tenendo conto di una molteplicità di interessi degli attori operanti nel mercato. La disciplina inderogabile è stata dettata innanzitutto nell'interesse del singolo lavoratore<sup>264</sup>, al fine di evitare che tale soggetto, trovandosi in una situazione di debolezza contrattuale, possa porre in essere un «comportamento miopemente autolesionistico»<sup>265</sup>, accettando una situazione lavorativa che lo priverebbe, nel breve periodo, della stabilità di reddito e di carriera, ma che, nel lungo periodo, potrebbe anche danneggiare il proprio sviluppo professionale, stante la mancanza di convenienza economica del datore ad effettuare su di lui investimenti formativi, nonché – secondo quanto insegna la «teoria dei segnali» sopra ricordata – contribuire a determinare una *job history* del

<sup>262</sup> M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 2. Sul punto v. pure F. Scarpelli, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 Cost. alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *Lav. Dir.*, 1996, p. 16.

<sup>263</sup> Per considerazioni simili in relazione alla disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale v. F. Scarpelli, cit., p. 23.

<sup>264</sup> Per rispondere ad uno dei più importanti interrogativi che, secondo A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 465, si pone l'economista nello studio della norma laburista avente carattere inderogabile.

<sup>265</sup> A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 465.



lavoratore medesimo fatta di esperienze lavorative precarie in grado di influenzare negativamente la possibilità di trovare, in futuro, una occupazione stabile e ben retribuita.

A prescindere, poi, dall'interesse del singolo lavoratore, che in una data situazione potrebbe concretamente ritenere comunque per lui più conveniente accettare un lavoro a termine, anziché rimanere disoccupato, la regolazione inderogabile che governa la materia appare dettata anche nell'interesse della intera collettività dei lavoratori, per il perseguimento di obiettivi ritenuti complessivamente - *ex ante* e in astratto - più vantaggiosi per la collettività medesima<sup>266</sup>. Da questo punto di vista, l'imposizione di limiti alla possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro appare funzionale, oltre che a garantire maggiori possibilità di investimenti formativi sulle risorse umane, con evidente beneficio per l'intera collettività di lavoratori, soprattutto a limitare un eccesso di processi di *job creation* e *job destruction* che – come insegnano le cosiddette «teorie della ricerca del posto di lavoro» -, a causa delle difficoltà connesse al meccanismo di incontro fra lavoratori e imprese con posti vacanti, possono aggravare, anziché correggere, il livello di disoccupazione.

La norma inderogabile, infine, soprattutto quando si struttura come norma che, piuttosto che fissare standard di garanzia inderogabili *tout court*, controlla e indirizza l'attività economica dei soggetti, può ritenersi posta pure nell'interesse datoriale. Come si vedrà meglio nei paragrafi che seguono, nel tempo, la regolazione inderogabile riguardante la possibilità del datore di ricorrere ai contratti a termine ha, infatti, in buona parte, cercato di «riflettere un comportamento razionale dell'impresa», e dunque di prefigurare una «realtà economica preesistente senza influire su di essa»<sup>267</sup>, se non per correggere taluni comportamenti datoriali potenzialmente produttivi di fallimenti del mercato. La normativa in materia ha così progressivamente cercato di “fotografare”, legittimandole, quali fossero le ragioni aziendali che giustificassero, da un punto di vista economico-organizzativo, il ricorso ai contratti a termine, e ha, al contempo, vietato il ricorso allo strumento contrattuale per tutte le altre ragioni non espressamente previste dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva, ritenute passibili di causare inefficienze per il funzionamento dell'impresa e/o del mercato o, più semplicemente, non economicamente giustificate. In tal senso, la norma inderogabile può considerarsi posta anche nell'interesse dell'impresa al fine di evitare che il datore, utilizzando irrazionalmente i contratti a termine, possa – come si è ampiamente visto nelle pagine precedenti - incorrere in asimmetrie informative e in elevati costi d'uso del mercato, causando un deterioramento del clima collaborativo in azienda, cali di produttività e, in generale, un aumento dei costi connessi al fattore lavoro.

Ciò premesso, deve rilevarsi che se comunque è innegabile che l'obiettivo da ultimo citato, vale a dire quello diretto a correggere taluni fallimenti del mercato, non sarebbe stato di per sé sufficiente a determinare un intervento regolativo da parte dello Stato, è però anche vero che, nel perseguimento dell'obiettivo sociale prevalente di tutelare la posizione del soggetto debole del rapporto, la consapevolezza del fatto che spesso il comportamento datoriale potesse essere dettato da scelte economicamente inefficienti o, più semplicemente, irrazionali ha svolto un ruolo fondamentale nel calibrare l'*an* e il *quomodo* dell'intervento eteronomo sulle modalità di assunzione, a tempo indeterminato o a termine, dei prestatori.

<sup>266</sup> Su tale possibile *ratio* economica della norma inderogabile v., ancora, A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 465.

<sup>267</sup> A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 490.



Nel tempo, tale compromesso tra valori e obiettivi diversi è stato realizzato attraverso il ricorso a tecniche regolative differenti: dalla norma inderogabile con funzione prevalentemente «garantista»/«tutelare», alla norma inderogabile con funzione di «razionalizzazione»/«controllo»<sup>268</sup> dapprima diretto, successivamente tramite il coinvolgimento della contrattazione collettiva<sup>269</sup>.

## 10. La razionalizzazione delle ragioni di ricorso ai contratti a termine tramite.

### 10.1 a) la legge.

Se si guarda alla evoluzione della regolazione dei contratti a termine nell'ordinamento italiano<sup>270</sup>, è possibile notare che la creazione della presunzione della durata indeterminata del rapporto di lavoro, a partire dalla prima legge sull'impiego privato (d.lgt. 9 febbraio 1919, n. 112), e successivamente con l'art. 2097 del cod. civ., ha avuto innanzitutto lo scopo di impedire un utilizzo fraudolento del contratto a termine, assicurando che, in presenza di uno squilibrio contrattuale, tale forma contrattuale non fosse utilizzata quale strumento per eludere la normativa sul lavoro a tempo indeterminato. A quel tempo, come è noto, non era in alcun modo rintracciabile nella regolazione della materia *de qua* l'obiettivo di garantire la stabilità dell'occupazione, poiché normalmente entrambe le parti potevano recedere liberamente dal rapporto di lavoro<sup>271</sup>. Obiettivo della prima disciplina sul lavoro a termine era, dunque, quello di evitare comportamenti datoriali fraudolenti, utilizzando il linguaggio del diritto, irrazionali, opportunistici e inefficienti<sup>272</sup>, secondo il linguaggio dell'economia. In questa fase, l'utilizzo della norma inderogabile ha tuttavia avuto una funzione prevalentemente «garantista»/«tutelare»: essa si limitava a vietare *tout court* l'uso fraudolento del contratto a termine, senza introdurre elementi di razionalizzazione tali da orientare efficacemente l'agire imprenditoriale, nonché da impedire che questo potesse ricorrere ai contratti a termine in maniera non tanto fraudolenta, quanto semplicemente irrazionale rispetto alle reali esigenze organizzative dell'epoca.

Per ovviare agli abusi che nonostante tutto si erano diffusi nella vigenza dell'art. 2097 del cod.

<sup>268</sup> Sulla dialettica tra *garantismo* e *controllo* quali «tecniche di mediazione la cui coesistenza e interdipendenza rappresenta un dato permanente dell'intero sviluppo del moderno diritto del lavoro» v. R. De Luca Tamajo, «*Garantismo*» e «*controllo sindacale*» negli sviluppi recenti della legislazione del lavoro, in A. Cessari, R. De Luca Tamajo (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 44.

<sup>269</sup> In generale, sul punto, v. R. De Luca Tamajo, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in A. Cessari, R. De Luca Tamajo (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, cit., p. 1.

<sup>270</sup> Per un recente riepilogo sulla evoluzione della disciplina sia consentito rinviare a L. Zappalà, *Fixed-term Contracts in Italy*, in B. Caruso, M. Fuchs (eds.) *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, 2004, p. 98.

<sup>271</sup> In quest'ottica, come è stato scritto, il lavoro a termine poteva anche considerarsi preferibile per il lavoratore, poiché questo garantiva al lavoratore la certezza dell'impiego e del sostentamento suo e della sua famiglia per il tempo pattuito, mentre il contratto a tempo indeterminato poteva cessare, per effetto del licenziamento, in qualunque momento, così G. Balzarini *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 17.

<sup>272</sup> V. già l'interessante, per l'epoca, prospettiva proposta da G. Balzarini, cit., p. 8, secondo cui il contratto a tempo indeterminato sarebbe stato «individualmente più utile in quanto l'imprenditore conserva indefinitamente attività di lavoro sempre più sperimentate e raffinate, mentre il prestatore ottiene un trattamento più favorevole e suscettibile di progressivo miglioramento grazie all'anzianità».

civ., come è noto, è stata emanata la legge n. 230 del 1962 che, all'inizio, fu accolta "freddamente" dalla dottrina<sup>273</sup>: se, infatti, per evitare il ricorso fraudolento al contratto a termine era stato introdotto il principio di parità di trattamento fra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, «non si capiva e giustificava la sostituzione della clausola generale della specialità del rapporto con un sistema di tipizzazione tanto restrittiva delle ipotesi in cui poteva ricorrersi al contratto a tempo determinato»<sup>274</sup>, tanto più che, a quel tempo, il datore di lavoro era ancora libero di recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il solo obbligo del preavviso. Sebbene parte della dottrina abbia sottolineato come fin dal momento della sua approvazione lo scopo prevalente della l. n. 230 del 1962 fosse quello – di ispirazione «garantista» – di promuovere il principio di stabilità dell'impiego<sup>275</sup>, ad avviso di scrive, nella *ratio* della medesima legge è possibile individuare un più articolato compromesso fra l'interesse all'efficienza produttiva e i valori dell'uomo che lavora, costituendo questa il primo complesso esempio di regolazione sociale della materia volto, in ossequio alla funzione «razionalizzatrice» del diritto del lavoro, a soddisfare obiettivi redistributivi e, al medesimo tempo, a circoscrivere il prodursi di fallimenti del mercato derivanti dal ricorso al contratto a termine in situazioni in cui non vi fosse una reale giustificazione economico-aziendale.

Come è stato scritto, «negli atti legislativi il diritto *inventa* il suo ambiente sociale (...). Si inventa un'immagine dell'economia e formula le sue norme in rapporto a questa immagine». Nel fare riferimento a eventi e ragioni «tipiche» del mondo economico si pone in essere un «accoppiamento strutturale» fra sistema giuridico e sistema economico<sup>276</sup>. Attraverso la preventiva individuazione dei casi in cui era possibile apporre un termine al contratto di lavoro, dunque, la l. n. 230 si proponeva di selezionare un ventaglio di circostanze in relazione alle quali il ricorso al contratto a termine potesse ritenersi davvero necessario alle esigenze aziendali e, quindi, economicamente giustificato.

Nel contesto economico dell'epoca, segnato da tassi accelerati di sviluppo, coniugati a una situazione di quasi piena occupazione, la regolazione dettata dalla l. n. 230 era pertanto caratterizzata dall'utilizzo della norma inderogabile in funzione, come si è detto, sia «garantista» degli interessi dei lavoratori, sia soprattutto di «controllo» economico-sociale delle ragioni per le quali il datore di lavoro potesse far ricorso al lavoro a termine: si trattava tuttavia di un controllo esercitato attraverso una normativa astratta, generale e cogente che ben presto si è rivelato insufficiente a governare la complessità di un sistema economico, sociale e produttivo destinato, di lì a pochi anni, ad essere oggetto di rilevanti mutamenti. La funzione «razionalizzatrice» della l. n. 230, inoltre, venne presto oscurata dalla pur presente ispirazione «garantista», che nel giro di pochi anni

<sup>273</sup> Per alcuni esempi di atteggiamento critico nei confronti della legge n. 230 che ne contestavano l'eccessiva e ingiustificata rigidità, v. L. Montuschi, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, p. 920.

<sup>274</sup> Riassume così i termini del problema L. Menghini, *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 14. Sul dibattito concernente la *ratio* della l. n. 230 del 1962 v. per tutti M. Roccella, *I rapporti di lavoro a termine*, in *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro. Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990, p. 73.

<sup>275</sup> V. M. Roccella, cit., p. 76.

<sup>276</sup> V. G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 120, secondo il quale una volta verificatesi questa «interazione», il diritto «dovrebbe migliorare le proprie conoscenze degli altri sottosistemi, sviluppare i propri modelli scientifici su di essi», così rendendo il diritto e l'economia «comunicativamente accessibili l'uno all'altra».

divenne predominante, sia per effetto di altri interventi legislativi che, indirettamente, mutando il contesto normativo nel quale era stata introdotta la legge, ebbero l'effetto di trasformarne la *ratio* originaria, sia a causa di una «gestione giudiziale rigida»<sup>277</sup> dell'istituto. Da una parte, infatti, il quadro legale di riferimento mutò profondamente nel 1966 e, soprattutto, nel 1970 con l'emanazione dello Statuto dei lavoratori contenente, come è noto, una disciplina contro il licenziamento ingiustificato con la quale si rese molto difficile e particolarmente oneroso per il datore di lavoro recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato. Dall'altra, la possibilità di ricorrere ai contratti a termine venne ulteriormente limitata attraverso il diffondersi di interpretazioni giurisprudenziali delle causali di ricorso talmente rigorose che, in molti casi, anziché razionalizzare l'uso del contratto a termine, di fatto, ne paralizzarono l'utilizzo in maniera efficiente, nonché per il soddisfacimento di reali esigenze aziendali<sup>278</sup>.

Solo a partire dalla seconda metà degli anni settanta la funzione «razionalizzatrice» della regolazione laburista nella materia analizzata è stata «rivalizzata» per effetto di una serie di successivi interventi legislativi, ma pure giurisprudenziali<sup>279</sup>, in cui il «controllo» da generale e astratto, è divenuto più calibrato e attento alle esigenze di singoli settori produttivi, di specifiche realtà aziendali, nonché, più in generale, della mutata situazione occupazionale<sup>280</sup>, nella consapevolezza che la strada da seguire non fosse quella di «promuovere ulteriori rigidità nell'uso della forza lavoro, ma quella di creare le condizioni normative e istituzionali per gestire una flessibilità» che fosse in grado di «salvaguardare ed incrementare la produttività aziendale e, attraverso questa, del sistema economico» senza tuttavia lasciare «le mani del tutto libere» agli imprenditori<sup>281</sup>.

#### 10.2. b) la contrattazione collettiva.

La funzione che si è definita «razionalizzatrice»/di «controllo» ha raggiunto l'apice dello sviluppo nel momento in cui la legislazione «più che regolare, attraverso la imposizione di un assetto di

<sup>277</sup> L. Montuschi, *Il contratto di lavoro a termine nell'alternativa fra uso rigido o flessibile della forza lavoro: un "modello" normativo da superare? Bilancio di una esperienza e riflessioni critiche*, in *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 20. 1979, 20 ss.

<sup>278</sup> Fra gli esempi di «gestione giudiziale rigida» della l. n. 230, può ricordarsi l'annosa questione sulla legittimità o meno delle assunzioni temporanee effettuate per sostituire «personale assente con diritto alla conservazione del posto», in relazione alla quale la Corte di Cassazione si era attestata su una interpretazione particolarmente rigida della nozione di «assenza»; per una ricostruzione dei diversi orientamenti giurisprudenziali sul tema, v. M. Roccella, cit., p. 116.

<sup>279</sup> Solo a titolo esemplificativo, in relazione alla nota *querelle* sulle «punte stagionali», è possibile ricordare come in una nota sentenza (Cass. 14 giugno 1986, n. 3988) la Corte di Cassazione abbia fornito una decisiva spinta verso la diffusione del contratto a termine anche come strumento di gestione del normale organico aziendale, a seguito della quale si ritenne che il datore di lavoro, a seguito di autorizzazione, fosse abilitato al ricorso ai contratti a termine in base a «scelte sostanzialmente discrezionali e rispondenti a criteri di (maggiore) redditività aziendale», così Roccella, cit., p. 132.

<sup>280</sup> Numerose, come è noto, sono state le leggi succedutesi per quasi un ventennio finalizzate ad allentare le maglie dell'utilizzo dei contratti a termine in ragione delle esigenze di specifici settori o in virtù di una preventiva autorizzazione da parte di una autorità amministrativa. In generale, sul punto, v. M. D'Antona, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, 1988, ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, cit., vol. III, p. 1152.

<sup>281</sup> Così M.G. Garofalo, Intervento in *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 71. V. pure F. Liso, Intervento in *Il lavoro a termine*, cit., p. 93, che criticamente sottolineava come «la legge divenga uno strumento molto pericoloso quando viene utilizzata con la pretesa di fissare aprioristicamente limiti ad una attività di organizzazione, ad un fatto dinamico per eccellenza, che coinvolge interessi non tipizzabili una volta per tutti aprioristicamente».

interessi inderogabili ai privati, *organizza la regolazione*, che viene lasciata ad altri soggetti o sistemi sociali»<sup>282</sup>. A partire dagli anni ottanta, ed in particolare con la l. n. 56 del 1987, la regolazione dei contratti a termine è stata realizzata attraverso un «intervento *preformativo*» con cui si è delineato un «mercato precondizionato»<sup>283</sup>, nel quale – come è noto – l'autonomia collettiva è stata chiamata a operare. Con la l. n. 56 cit., infatti, la regolazione inderogabile generale e astratta a tutela della stabilità *tout court* ha fatto un passo indietro, delegando il controllo sull'utilizzo del lavoro a termine e, dunque, la razionalizzazione dei casi in cui l'uso dello strumento contrattuale potesse ritenersi economicamente giustificato alla contrattazione collettiva, nella consapevolezza che soltanto un recupero della flessibilità nell'uso della forza lavoro avrebbe permesso di evitare una paralisi dell'iniziativa imprenditoriale, rivalutando i criteri di economicità nella gestione delle imprese e le esigenze di funzionalità dei processi produttivi<sup>284</sup>.

La nuova tecnica di regolazione adottata si inseriva in quel più generale «fenomeno della adozione di tecniche di governo delle società complesse (accentuate nelle fasi di crisi economico-politica) basate piuttosto sul ricorso a regole particolari e procedure negoziali che al mezzo legislativo come strumento di fissazione di comandi generalmente e astrattamente vincolanti»<sup>285</sup>, fondandosi sul presupposto secondo cui la preferibilità della regolazione tramite il contratto collettivo fosse da rintracciare nel suo «carattere elastico, dalla vigenza circoscritta a brevi termini di durata, dalla possibilità di sostituire senza inciampi formali clausole non abbiano dato buona prova (...) in relazione al graduale mutamento delle condizioni tecnico-economiche della produzione»<sup>286</sup>. Tramite la tecnica di regolazione dei contratti a termine diffusasi a partire dalla l. n. 56 cit., successivamente adottata pure dalla l. n. 196 del 1997 con cui – come è noto – si è legalizzato e disciplinato in Italia il lavoro temporaneo tramite agenzia, appare evidente, ancora una volta, che nella materia *de qua* il diritto del lavoro non abbia posto in essere un atteggiamento di opposizione *tout court* al mercato, bensì abbia «accettato, in via di principio, che questo facesse il proprio corso», a condizione che la regolazione laburista operasse, attraverso il controllo sindacale, una forma di legittimazione sociale «dei compromessi, di volta in volta concretamente possibili, tra i movimenti reali del mercato e le esigenze reali dei lavoratori rappresentati»<sup>287</sup>. In questo quadro, l'ampia riserva a favore della contrattazione collettiva ha devoluto al sindacato la responsabilità di costruire norme che fossero, oltre che ispirate ad una funzione di tutela del lavoratore, anche calibrate sulle specifiche esigenze del mercato, sia nell'interesse dell'impresa in funzione di un aumento della flessibilità nella gestione degli organici, sia in vista del soddisfacimento di un interesse economico generale all'incremento dei livelli occupazionali<sup>288</sup>.

<sup>282</sup> È il modello di legislazione procedurale o riflessiva, di ispirazione teubneriana, ricordato da M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, 1991, ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, cit., vol. I, p. 135.

<sup>283</sup> Così M. D'Antona, *L'autonomia individuale*, cit., p. 136.

<sup>284</sup> Cfr. R. De Luca Tamajo, «Garantismo» e «controllo sindacale», cit., p. 51.

<sup>285</sup> Cfr. L. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 397; ampiamente v. pure R. De Luca Tamajo, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale*, cit., p. 5.

<sup>286</sup> G. Giugni, *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 121.

<sup>287</sup> A. Tursi, *L'autonomia collettiva tra promozione e regolazione*, in *Lav. Dir.*, 1997, p. 586.

<sup>288</sup> Cfr. A. Maresca, *La stagione della flessibilità e l'ordinamento del lavoro: un primo bilancio*, in M. D'Antona (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1990, p. 99. In generale, sulla valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva a partire dagli anni '70, al fine di soddisfare «le esigenze di mediazione tra la protezione dei lavoratori e le pressioni

In questi anni, come è noto, la contrattazione collettiva ha progressivamente iniettato - a tutti i livelli - dosi sempre più massicce di flessibilità nella gestione delle risorse umane e allo stesso tempo ha autorizzato il ricorso al lavoro a termine in base a causali di tipo "soggettivo" (la giovane età o l'appartenenza a aree geografiche particolarmente colpite dalla disoccupazione) come legittimo, ma ponderato, strumento da utilizzare a fini di politica occupazionale. Pure da questo punto di vista la contrattazione collettiva ha, dunque, cercato di effettuare una razionalizzare economica della diffusione dei contratti a termine, operando una selezione delle circostanze e delle modalità in relazione alle quali il ricorso a tali forme contrattuali fosse potenzialmente suscettibile di stimolare il mercato del lavoro, con positivi effetti sui livelli occupazionali<sup>289</sup>.

### 10.3. c) l'autonomia individuale.

Particolarmente complessa si presenta, infine, la individuazione degli obiettivi perseguiti e della tecnica di regolazione utilizzata nella recente normativa introdotta con il d.lgs. n. 368 del 2001, in attuazione della direttiva n. 99/70/Ce. Esula dall'oggetto del presente lavoro l'analisi delle diverse e contrastanti interpretazioni che la dottrina ha proposto sulla disposizione contenente le ragioni legittimanti la stipula di contratti a termine<sup>290</sup>, di recente ribadita, con qualche precisazione<sup>291</sup>, nella disciplina sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In questa sede può solo brevemente, e per sommi capi, ricordarsi come il dibattito dottrinale si sia lacerato sulla questione della natura causale o acausale dell'apposizione del termine e, segnatamente, sulla necessità o meno che le ragioni datoriali che rendono legittima l'apposizione del termine siano caratterizzate dalla temporaneità dell'esigenza aziendale medesima.

Dall'interpretazione che si dà dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 cit. dipende la verifica della sussistenza o meno di una permanente regolazione inderogabile con funzione di «tutela» e/o di «razionalizzazione» svolta dalla regolazione laburista in materia di ragioni legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Se, conformemente al dettato comunitario, nonché sulla scorta delle prime interpretazioni giurisprudenziali<sup>292</sup> volte a negare la acasualità dell'apposizione del termine, si accede – come pare doversi fare<sup>293</sup> - alla tesi cosiddetta causale, secondo cui il ricorso al

---

derivanti dalla realtà economica in forte trasformazione», v. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 3.

<sup>289</sup> Non mancano esempi di iniziative volte a offrire impieghi a carattere temporaneo, corredati da incentivi e forme specifiche di tutela, a categorie svantaggiate di lavoratori, a disoccupati residenti in aree depresse; ma anche, al contrario, a lavoratori sottoccupati o inoccupati in situazioni di mercato del lavoro teso, in cui vi è carenza di offerta (tra gli esempi, il patto per Milano o diversi dei progetti previsti nel patto territoriale del Veneto Orientale), sul punto v. F. Bortolotti, M. Ciaccone, *The Regulation of Non-Standard Employment in the Italian Small Firms Systems. A comparison between Tuscany and Veneto*. LOCLEVCONC Working Paper, W/O1/18/EN, Milano, IRES Lombardia, 2001, sul sito internet [www.ireslombardia.it](http://www.ireslombardia.it). In tali casi, come rileva I. Regalia, *Politiche di protezione del lavoro. Esperienze a livello territoriale in Europa*, in *Stato e Mercato*, 2002, p. 260, l'intento è stato quello di favorire l'inserimento, o il reinserimento lavorativo di disoccupati, ma «secondo una logica di azioni positive e di promozione sul lato dell'offerta subordinate all'esistenza di uno specifico interesse a un utilizzo dei lavoratori coinvolti nei programmi dal lato della domanda. In altri termini, si cerca di combinare il vantaggio di usufruire di un impiego (sia pure temporaneo) da un lato con quello di poter disporre di lavoro flessibile dall'altro».

<sup>290</sup> V. art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, secondo cui è consentita «l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro a fronte di ragioni tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Per una ricognizione delle interpretazioni di tale disposizione proposte dalla dottrina v. M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005, p. 71 ed ivi l'ampia bibliografia citata.

<sup>291</sup> Cfr. art. 20, c. 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 ove si afferma che le ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive possono riferirsi anche «all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

<sup>292</sup> Cfr. Trib. di Frosinone del 9.02.2005, sul sito [www.csmb.unimo.it/adapt/bdoc/2005/20\\_05/Contratto\\_a\\_termine.pdf](http://www.csmb.unimo.it/adapt/bdoc/2005/20_05/Contratto_a_termine.pdf).

<sup>293</sup> Sul punto sia consentito rinviare a L. Zappalà, cit., p. 98.

contratto a termine deve considerarsi legittimo *solo* in presenza di una esigenza economica “oggettiva”, può ritenersi che, ancora una volta, l’ordinamento giuslavoristico – in ossequio alle proprie funzioni di «tutela» e, soprattutto, di «razionalizzazione» delle modalità di utilizzo del lavoro umano - abbia optato per il mantenimento di un precetto inderogabile volto a indirizzare l’attività dei privati in materia.

Mentre tuttavia – come si è sopra visto - il precedente modello di regolazione espropriava del tutto l’autonomia privata nella individuazione delle causali di ricorso, attribuendo tale potere di predeterminazione direttamente alla legge o, successivamente, alla contrattazione collettiva, il nuovo modello regolativo realizza un sistema più complesso di interazione fra legge e contratto individuale: come si era in precedenza fatto con la delega alla contrattazione collettiva, attraverso la nuova disciplina, la legge interviene *preformando* l’ambito entro cui, di volta in volta, l’autonomia individuale potrà esplicarsi alla luce di criteri obiettivi, così adattando la norma inderogabile, generale e astratta, alla specifica realtà aziendale. La disposizione di cui all’art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 368 implica, pertanto, una valorizzazione del “potere adattivo” dell’autonomia individuale, legittimata a specificare quali siano in concreto le oggettive esigenze aziendali, dalla legge sinteticamente racchiuse nella formula delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», che rendono necessario il ricorso al contratto a termine. Tale interpretazione, come si è accennato, è, di fatto, l’unica compatibile con la direttiva n. 99/70/Ce, il cui scopo, secondo quanto emerge dall’*intero* accordo, è di evitare che il datore possa «abusare» del contratto a termine medesimo: in considerazione di tale obiettivo si afferma, infatti, che «l’utilizzazione dei contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è *un modo di prevenire gli abusi*»<sup>294</sup>. Il ricorso al contratto a termine, come è stato sottolineato, potrà, dunque, ritenersi legittimo solo nel momento in cui si verifichi che l’interesse datoriale perseguito in concreto sia genuinamente organizzativo, valutabile cioè secondo parametri oggettivi di normalità tecnico-organizzativa<sup>295</sup>.

Se, da quanto si è sopra detto, emerge che l’inderogabilità sembri destinata a rimanere l’attributo *naturale* della recente disciplina<sup>296</sup>, pare tuttavia doversi rilevare come entrambe le anime del diritto del lavoro, quella «garantista» e quella «razionalizzatrice», abbiano subito, in materia di apposizione del termine al contratto di lavoro, una profonda mutazione. La tecnica di regolazione utilizzata ridetermina, innanzitutto, le modalità di funzionamento della norma inderogabile in funzione di «razionalizzazione» e di «controllo» delle ragioni che giustificano da un punto di vista economico-sociale il ricorso al contratto a tempo determinato. In proposito, è evidente che pure a ritenere necessario che le esigenze datoriali siano temporanee<sup>297</sup>, il concetto di *temporaneità*, qualora non contestualizzato e preventivamente tipizzato – come prima soleva fare la contrattazione collettiva - in causali che razionalizzino quali siano i parametri di normalità-tecnico produttiva in un dato settore o azienda, spesso rimane, intrinsecamente, un concetto sfuggente<sup>298</sup>, dato

<sup>294</sup> Per maggiori considerazioni si rinvia a L. Zappalà, cit., p. 98.

<sup>295</sup> In tal senso v. M.T. Carinci, cit., p. 147.

<sup>296</sup> Sulla *presunzione* della natura inderogabile della norma lavoristica v. O. Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, p. 491; R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, cit., p. 45.

<sup>297</sup> Cfr. V. Speciale, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 399.

<sup>298</sup> In tal senso R. Del Punta, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2002, p. 542.

che – come è stato sarcasticamente sottolineato da una parte della dottrina - «dopo tutto, non è forse vero che, assumendo come metro di paragone l'infinito, qualsiasi esigenza umana (...) è per definizione temporanea?»<sup>299</sup>. La formulazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368, di conseguenza, presuppone il ritorno a una forma di «*garantismo individuale*», da esercitare «all'ombra» della legge che, in ultima analisi, attribuisce il controllo e la decisione sulla legittimità della apposizione del termine all'intervento del giudice<sup>300</sup>. Alla luce di un quadro legale dai confini tanto sfumati, è infatti innegabile che il potere adattivo dell'autonomia individuale sia destinato a muoversi su un terreno alquanto scivoloso, sul quale, in ultima analisi, è probabile che solo il potere giudiziario possa mettere la parola fine sulla legittimità o meno della ragione a fronte della quale il datore ha ritenuto di apporre un termine al contratto di lavoro. Il giudice, così, torna ad essere «il naturale custode del garantismo, se è vero che il garantismo è un modo di essere dell'intervento dello Stato nei rapporti economici, attraverso l'attribuzione di diritti soggettivi ai singoli»<sup>301</sup>.

A fronte delle difficoltà di interpretare una disposizione dai contenuti tanto indeterminati può, dunque, essere utile per il giurista confrontarsi con i risultati della scienza economica, soprattutto al fine di verificare la conformità degli effetti concreti della disposizione di diritto interno con gli obiettivi perseguiti della norma di rango superiore<sup>302</sup>, vale a dire dalla direttiva n. 99/70/Ce. Nel valutare la sussistenza dei motivi in relazione ai quali può ritenersi legittima la stipula di contratti a termine, una dottrina ha messo in evidenza come la causale generale introdotta nel 2001, sia compatibile con diverse possibili letture, facenti riferimento alla necessità di evitare all'impresa una perdita di natura monetaria. Secondo la lettura definita più «liberista», preferita dall'autore, «la pattuizione del termine è legittima in tutti i casi nei quali al momento della costituzione del rapporto la redditività della prosecuzione dello stesso oltre il termine è soggetta a *incertezza maggiore rispetto a quella normalmente propria di un rapporto di lavoro qualsiasi* a tempo indeterminato»<sup>303</sup>. L'autore porta come condivisibile esempio di possibile incertezza sulla redditività futura il caso dell'assunzione di un giovane al primo impiego, in cui l'apposizione del termine avrebbe la funzione di provare il lavoratore. Qualora, però, tale ipotesi dovesse ritenersi generalizzabile ad una indeterminata serie di circostanze, e rimanendo sempre sul piano dell'analisi economica, senza tenere conto della «grammatica dei diritti», pare tuttavia possibile avanzare una serie di considerazioni. In base a quanto si è sopra visto, diverse sono le teorie economiche fondate sull'esistenza di costi di transazione connessi a pratiche di *turnover* (costi di ricerca e selezione, costi di adattamento del lavoro, costi di non inserimento con gli altri lavoratori che potrebbero rifiutarsi di collaborare con il nuovo assunto, costi connessi alla mancanza di *job security* del

<sup>299</sup> M. Roccella, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni industriali nella XIV*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 43.

<sup>300</sup> Presuppongono che la contestuale previsione di «requisiti formali, sanzioni o divieti che esprimono il ricorso a strumenti tipici del diritto del lavoro classico, dove non vi è alcun ruolo affidato alla mediazione sindacale e tutto è lasciato all'iniziativa del lavoratore e all'intervento del giudice», segnerebbe un chiaro ritorno a modelli di «garantismo individuale» V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, p. 370; S. Giubboni, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, p. 513; A. Garilli, *Il recepimento della direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 42.

<sup>301</sup> Cfr. M. D'Antona, *Part-time verticale: successive assunzioni a termine e diritto alla precedenza nell'avviamento presso la stessa azienda*, in *Il futuro del contratto a termine*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 164.

<sup>302</sup> Cfr. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pp. 19 e 83; M. Novella, *Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, p. 320.

<sup>303</sup> V. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 509.



nuovo assunto che potrebbero indurlo a comportarsi come uno «scansafatiche», ecc.). Nel valutare, secondo criteri di normalità tecnico-produttiva, la sussistenza di una *incertezza superiore al normale circa la redditività* della prosecuzione del rapporto, non si potrebbe, e dovrebbe, pertanto considerare pure l'incidenza del cosiddetto «costo di efficienza del lavoro» dei nuovi assunti? O il pericolo che il nuovo assunto a termine, in assenza di prospettive di stabilizzazione, si comporti come uno «scanzafatiche»? O, ancora, la possibilità di un calo di produttività degli *insider* consapevoli del fatto che i primi ad essere espulsi dall'azienda in caso di difficoltà saranno i lavoratori a termine? Questi e altri i profili che potrebbero essere presi in considerazione dall'interprete<sup>304</sup>, tenendo conto che la disciplina nazionale deve essere interpretata alla luce dello scopo della direttiva; per cui non è escluso che l'interprete medesimo possa servirsi nell'argomentazione giuridica anche del ragionamento economico per verificare se, ad esempio, l'uso di contratti a termine possa considerarsi irrazionale e/o inefficiente e, dunque, concreti un abuso ai danni del lavoratore.

A fronte di un quadro regolativo dai contorni tanto incerti, del tutto comprensibile appare il compito di «razionalizzazione» economico-giuridica della materia di cui, in una molteplicità di casi, si è recentemente riappropriata la contrattazione collettiva<sup>305</sup> nell'atto di esercizio della propria autonomia contrattuale garantita dall'art. 39 Cost., comma 1. In alcuni contratti, innanzitutto, le parti hanno ribadito, richiamando la previsione contenuta nella direttiva comunitaria, il principio secondo cui si riconosce che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro»<sup>306</sup>. Numerosi, nonché più significativi, sono poi i contratti in cui le parti espressamente hanno convenuto di qualificare<sup>307</sup> come legittima apposizione del termine *solo* a fronte di «ragioni che abbiano carattere temporaneo o contingente», di cui si fornisce una elencazione dettagliata, rinviando alla contrattazione integrativa la possibilità di indicare ulteriori ipotesi (sempre di carattere temporaneo o contingente)<sup>308</sup>. In altri accordi si prevede, invece, che «il contratto con prefissione di termini deve essere giustificato dalla specialità del rapporto e potrà avere luogo solo nei casi» preventivamente individuati dal contratto stesso<sup>309</sup>. Non mancano, inoltre, esempi di accordi che sembrano operare una individuazione tassativa di quali siano le ragioni tecniche, produttive, ecc. economicamente e socialmente giustificate anche, apparentemente, a prescindere dalla temporaneità dell'esigenza aziendale<sup>310</sup>. In altre

<sup>304</sup> Alla luce del cosiddetto «uso giuridico dell'analisi economica», su cui v. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 2; sul ruolo dell'analisi economica del diritto nel procedimento interpretativo v. M. Novella, cit., p. 311.

<sup>305</sup> Tale ipotesi era stata già prevista da M. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 92.

<sup>306</sup> E che tuttavia «i contratti a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni ed attività, atta a soddisfare le esigenze sia delle aziende che dei lavoratori», così art. 19 del Ccnl Attività ferroviaria del 16.04.2003.

<sup>307</sup> Sul potere della autonomia collettiva di «tipizzazione» delle situazioni su cui incidere, che implica un procedimento di comprensione del dato economico sociale «e degli interessi degli individui che attorno ad esso si muovono, per verificare i gradi della loro convergenza o la loro implicazione in obiettivi comuni organizzabili», cfr. M. Pedrazzoli, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *Lav. Dir.*, 1990, p. 355.

<sup>308</sup> Cfr. Ccnl Agenzie di viaggio e turismo (Confcommercio) del 19.07.2003; Ccnl Turismo (Confcommercio) del 19.07.2003.

Ccnl Catene alberghiere del 16.10.2003; Ccnl Turismo (Federturismo) del 02.02.2004.

<sup>309</sup> Cfr. art. 7 del Ccnl Agricoltura (Impiegati) del 27.05.2004.

<sup>310</sup> V. art. 19 del Ccnl Enti culturali, turistici, sportivi (Federculture) del 21.03.2005 che fra le ipotesi «consentite» prevede quelle derivanti dalla necessità «dall'assunzione di nuovi servizi o dall'avvio di nuove tecnologie».



disposizioni, infine, la contrattazione collettiva ha predisposto una sorta di esemplificazione, anche molto accurata, delle causali di ricorso «ferma restando la possibilità di stipulare contratti a termine in tutti i casi rientranti nella previsione di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001»<sup>311</sup> o, più semplicemente, qualificando l'elencazione di ipotesi introdotte come esemplificativa di possibili ragioni «di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo»<sup>312</sup>.

Nei casi citati, la contrattazione, esplicitando una delle proprie funzioni originarie, si è spontaneamente atteggiata a «metodo di gestione delle imprese, nell'aspettativa di disponibilità del contratto come base ragionevolmente affidabile per il calcolo dei costi di produzione»<sup>313</sup>. A fronte del permanere di una regolazione inderogabile con funzione di «tutela», volta ad evitare – in ossequio al dettato comunitario – che il datore possa abusare del contratto a termine privando il lavoratore della stabilità e di quelle garanzie di reddito e di carriera cui avrebbe diritto se fosse assunto a tempo indeterminato, e che, tuttavia, espone ad una elevata incertezza interpretativa su quali siano le ragioni che, secondo criteri economico-sociali di normalità tecnico-organizzativa, legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, del tutto comprensibili appaiono le motivazioni in base alle quali il datore medesimo abbia acconsentito a far fare alla contrattazione qualcosa per la quale lo stesso «è abilitato dalla legge a fare da solo»<sup>314</sup>.

Quel che, comunque, in tale sede preme sottolineare è il dato secondo il quale, pur in presenza di un assetto normativo dai contorni meno stringenti dell'autonomia individuale, le previsioni contrattuali sopra citate dimostrano che la diffusione incontrollata di contratti con un termine finale di durata non sia, sempre e comunque, considerata un bene in sé nemmeno dagli imprenditori. Questi ultimi, infatti, – per il tramite delle loro associazioni – hanno in parte rinunciato ad una autonoma individuazione delle ragioni di ricorso allo strumento contrattuale, ritenendo più utile e opportuno una «razionalizzazione» della materia attraverso una elencazione e/o esemplificazione di ipotesi in cui lo strumento contrattuale potesse ritenersi rispondente alle normali esigenze tecnico-produttive di un determinato contesto aziendale. Tra le righe delle richiamate discipline di maggior dettaglio introdotte per via pattizia sembra, pertanto, intravedersi una ulteriore conferma di quanto in questa sede sostenuto: e cioè che, da una parte, la regolazione laburista con funzione di «razionalizzazione» dell'uso dei contratti a termine continui ad essere considerata dalle stesse parti sociali il più efficace strumento di monitoraggio delle circostanze nelle quali il contratto a termine sia considerato strumento adatto a rendere più dinamico il mercato del lavoro; dall'altra, che la regolazione sociale volta a controllare la diffusione del lavoro a termine in funzione di «tutela» del lavoratore, debba ritenersi, se non proprio necessaria, sicuramente *economicamente compatibile* con l'interesse datoriale a selezionare ciò che è davvero utile per l'impresa e ciò che invece non lo è.

<sup>311</sup> In tal senso v. art. 8 del Ccnl Alimentari (Piccola industria) del 06.05.2004. V. inoltre l'art. 23 del Ccnl Anpas del 15.03.2004 che, a titolo esemplificativo, indica una serie di ipotesi individuate «in relazione alle particolari esigenze delle organizzazioni ed al fine di evitare eventuali carenze del servizio», precisando che «resta confermato che l'istituto del contratto a tempo determinato non deve sopperire a carenze stabili dell'organico».

<sup>312</sup> Per una elencazione definita dalle parti stesse «esemplificativa» v. l'art. 22 del Ccnl Anffas del 03.08.2004; art. 23 Ccnl Case di cura private (Aiop) del 19.01.2005; Ccnl Magazzini generali del 29.01.2005 ove si specifica che «altre ipotesi di contratto a termine potranno essere concordate con i sindacati a livello aziendale»; così pure Ccnl Trasporto e spedizione merci (Confetra) del 29.01.2004.

<sup>313</sup> L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e valori*, cit., p. 277; su tale funzione del contratto collettivo v. pure O. Kahn-Freund, *Labour and the Law.*, cit., p. 75.

<sup>314</sup> V. M. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva*, cit., p. 92.

La storia normativa recente del contratto a termine in Italia lascia così un'ultima lezione che attiene al piano delle tecniche di regolazione: laddove si tratta di mediare interessi complessi e interrelati, il contratto individuale mostra i suoi limiti regolativi e di razionalizzazione economica. Non tanto per la nota mistificazione egualitaria, quanto perché, alla fine, non risulta in grado di gestire la complessità dei rapporti economici. Ma questa è un'altra storia.

## Il problema della occupazione giovanile nella prospettiva della (difficile) transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro\*

Michele Tiraboschi

|                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La questione della occupazione giovanile in Italia: una prospettiva alternativa di lettura.                                                   | 81  |
| 2. La revisione delle azioni e delle <i>policy</i> per contrastare la cronica debolezza dei giovani sul mercato del lavoro: profili critici.     | 89  |
| 3. Giovani e precariato: il falso problema delle collaborazioni coordinate e continuative e la riforma dei contratti con finalità formative.     | 93  |
| 4. Il ruolo strategico delle Università e delle sedi della alta formazione: il caso italiano nel contesto comunitario e comparato.               | 97  |
| 5. Le criticità del caso italiano e le proposte di riforma contenute nel Libro Bianco sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001.                  | 99  |
| 6. Il raccordo tra percorsi scolastici e universitari e mercato del lavoro nella legge n. 30 del 2003 e nel decreto legislativo n. 276 del 2003. | 102 |
| 7. Note conclusive.                                                                                                                              | 106 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 38/2005

## 1. La questione della occupazione giovanile in Italia: una prospettiva alternativa di lettura.

Uno dei temi centrali che polarizza l'attuale dibattito sui rapporti tra economia, diritto e società è indubbiamente quello dei giovani e del precariato.

Il tema non è nuovo e non è neppure limitato al nostro Paese. In tutta Europa – e non solo <sup>(315)</sup> – ci si interroga sul futuro occupazionale (e previdenziale) delle più giovani generazioni <sup>(316)</sup> anche in ragione di un drastico e generalizzato peggioramento delle condizioni e dei tempi di accesso a un lavoro regolare e di qualità.

Nel corso degli ultimi venticinque anni, per limitarci all'indicatore più evidente e immediato <sup>(317)</sup>, i tassi di disoccupazione giovanile – anche di lunga durata – sono aumentati in modo preoccupante in tutti i Paesi industrializzati con la sola rilevante eccezione di Stati Uniti, Portogallo e Paesi Bassi che sono i soli a registrare, almeno da un punto di vista puramente quantitativo <sup>(318)</sup>, una lieve riduzione del fenomeno.

<sup>(315)</sup> Particolarmente interessante è il dibattito giapponese dove opinione pubblica e Governo affrontano il problema essenzialmente dal punto di vista delle "carenze" e delle "colpe" dei giovani. In questo senso si colloca, in particolare, il Piano governativo del 2003 per sostenere lo spirito di indipendenza e responsabilità dei giovani, su cui cfr. le osservazioni critiche di A. INUI, *Restructuring Youth: Recent Problems of Japanese Youth and its Contextual Origin*, in *Journal of Youth Studies*, n. 2/2003, 219-233 cui *adde* i contributi raccolti in AA.VV., *The Transition from School to Working Life Issues*, in *Japan Labor Review – Special edition*, n. 3/2005, 5-91 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Per l'esperienza di altri Paesi cfr. J.T. MORTIMER, R.W. LARSON (eds.), *The Changing Adolescent Experience*, Cambridge University Press, 2002 e già OECD, *Preparing Youth for the 21<sup>st</sup> Century – The Transition from Education to the labour Market*, Paris, 1999, 89-100, vedilo anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola e mercato del lavoro*.

<sup>(316)</sup> Nella letteratura francese cfr., tra i tanti, il provocatorio volume di N. BAVAREZ, J.-B. DE FOUCAULT, A. MINC, A. HOUZIAUX, *Le chômage, à qui la faute*, Les Editions de l'Atelier, Parigi, 2005. Con riferimento ai casi tedesco e inglese ancora utile è la consultazione di N. O'HIGGINS, *The Challenges of Youth Unemployment*, ILO Employment and Training Papers, n. 7/1997 cui *adde*, in generale, A. FURLONG, F. CARTMEL, *Young People and Social Change - Individualization and Risk in Late Modernity*, Buckingham, Open University Press, 1997; T. HAMMER (ed.), *Youth Unemployment and Social Exclusion in Europe*, The Policy Press, Bristol, 2003; W. MCNEISH, P. LONCLE, *State Policy and Youth Unemployment in the European Union*, in A.L. BLASCO, W. MCNEISH, A. WALTHER (eds.), *Young People and Contradictions of Inclusion*, Bristol, Policy Press, 2004. Nel Regno Unito il dibattito è stato recentemente ravvivato dalla pubblicazione di due libri bianchi del Governo laburista sui temi della formazione e della occupazione giovanile su cui cfr. G. TIRABOSCHI, *"Skill and Education Strategy"*: la riforma del sistema educativo e formativo inglese nella prospettiva degli obiettivi di Lisbona, in corso di pubblicazione.

<sup>(317)</sup> Anche se probabilmente non il più rilevante. Sulla importanza relativa del dato della disoccupazione giovanile cfr. le condivisibili considerazioni di O. MARCHAND, *Youth Unemployment in OECD Countries: How Can the Disparities Be Explained?*, in OECD, *Preparing Youth for the 21<sup>st</sup> Century ecc.*, cit., 329-344 spec. 331, secondo cui «the unemployment rate becomes less and appropriate for describing their situation as the length of time they spent in school increases and the average age at which they start working increases». Sulla stessa linea di analisi cfr. già A. REES, *An Essay on Youth Joblessness*, in *Journal of Economic Literature*, 1996, 613-628, che suggerisce di utilizzare il parametro – sicuramente più attendibile, ma anche meno facilmente utilizzabile nell'ambito di un confronto comparato – della condizione di «*joblessness*» in luogo di quella di «*unemployment*» come principale indicatore rispetto ai problemi della occupazione giovanile.

<sup>(318)</sup> In particolare, sulle problematiche della occupazione giovanile negli Stati Uniti, che non possono essere rappresentate unicamente attraverso il parametro statistico dei tassi di disoccupazione, cfr. L.M. LYNCH, *The Transition from Initial Education to the Labour Market: Recent Experience in the United States*, in OECD, *op. cit.*, 289-304 e già J.A. KLERMAN, L.A. KAROLY, *The Transition to Stable Employment: the Experience of U.S. Youth in Their Early Labour Market Career*, University of California, Berkeley, National Center for Research on Vocational Education, 1995.

**Disoccupazione giovanile (fascia di età compresa tra i 15 e i 24 anni)**

|                              | 1977 | 1987 | 1997 | 2003 |
|------------------------------|------|------|------|------|
| <b>Australia</b>             | 12,2 | 14,6 | 15,9 | 12,3 |
| <b>Austria</b>               | n.d. | n.d. | 6,5  | 6,3  |
| <b>Belgio</b>                | n.d. | 21,4 | 21,3 | 15,2 |
| <b>Canada</b>                | 14,3 | 13,6 | 16,7 | 12,6 |
| <b>Danimarca</b>             | n.d. | 8,9  | 8,1  | 6,7  |
| <b>Finlandia</b>             | 12,3 | 9,0  | 23,3 | 21,6 |
| <b>Francia</b>               | 11,2 | 22,9 | 28,1 | 20,7 |
| <b>Germania (a)</b>          | 5,5  | 8,5  | 10   | 7,7  |
| <b>Grecia</b>                | n.d. | 25,0 | 31   | 29,5 |
| <b>Irlanda</b>               | 13,2 | 24,5 | 16,1 | 6,4  |
| <b>Italia (b)</b>            | 23,9 | 35,5 | 33,6 | 29,7 |
| <b>Giappone</b>              | 3,5  | 5,2  | 6,6  | 9,2  |
| <b>Paesi Bassi</b>           | 7,3  | 14,8 | 9,5  | 6,6  |
| <b>Portogallo</b>            | 16,3 | 16,1 | 16,7 | 8,6  |
| <b>Regno Unito (c)</b>       | n.d. | 15,8 | 13,5 | 11,8 |
| <b>Spagna (c)</b>            | 11,2 | 40,2 | 37,1 | 25,5 |
| <b>Svezia (c)</b>            | 4,4  | 4,6  | 22,5 | 11,9 |
| <b>Stati Uniti (c)</b>       | 13,6 | 12,2 | 11,3 | 9,3  |
| <b>Unione Europea (a 25)</b> |      |      |      | 18,0 |

n.d. dati non disponibili

(a) 1977, 1987 dati della Germania Occidentale, 1997, 2003 dati della Germania dopo l'unificazione

(b) fascia di età compresa tra i 14 e i 24 anni

(c) fascia di età compresa tra i 16 e i 24 anni

Fonte: nostra elaborazione su dati OECD, Labour Force Statistic (vari anni)

Vero è, tuttavia, che il caso italiano presenta alcune marcate particolarità che, come vedremo meglio nel corso della presente trattazione, emergono con sufficiente chiarezza anche solo da un superficiale confronto comparato dei principali indicatori occupazionali <sup>(319)</sup> e, segnatamente, dei dati sui tassi di disoccupazione giovanile che vedono l'Italia collocarsi tra i Paesi con le peggiori *performances* (ben 17 punti percentuali in più della media degli altri Paesi dell'area OCSE), precluduta unicamente, e di pochi punti percentuali, da Polonia e Slovacchia <sup>(320)</sup>.

Così come appaiono altrettanto indicativi delle peculiarità del caso italiano i toni, accesi e talvolta persino apocalittici, con cui da noi viene impostato e condotto il dibattito. Quasi si trattasse di

<sup>(319)</sup> Per un esercizio di *benchmarking* cfr., da ultimo, COMMISSIONE EUROPEA, COM(2005) 13 final, *Draft Joint Employment Report 2004/2005*, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 5.

<sup>(320)</sup> Secondo i dati dell'OECD riferiti al 2003 la media della disoccupazione giovanile a livello internazionale è pari al 12,6 per cento contro il 29,7 dell'Italia e il 35,2 di Polonia e Slovacchia. Cfr., per un quadro statistico completo il sito internet [www.nationmaster.com](http://www.nationmaster.com), alla voce *Labor – Youth Unemployment*. Cfr. altresì M. TWENA, H.A. AAHCIM, *Social Exclusion and Unemployment in the European Union – Current and Future Trends*, Center for International Climate and Environmental Research, Oslo, 2005, qui 21, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Inclusione sociale* e, per l'Italia, il *Rapporto ISFOL 2004* in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Mercato del Lavoro*.

una guerra di religione. Non a caso v'è chi ha parlato senza mezzi termini – anche sulla scorta di alcune accurate analisi econometriche che individuano nelle rigidità dei mercati interni del lavoro uno dei principali ostacoli alla occupazione giovanile <sup>(321)</sup> – di una sorta di lotta di classe del XXI secolo che vede le ragioni e le aspettative dei giovani inesorabilmente in contrapposizione ai diritti e (talvolta) ai privilegi degli anziani <sup>(322)</sup>.

L'attenzione sui difficili percorsi di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro è stata in effetti recentemente alimentata, nel nostro Paese, dalla approvazione di una complessa riforma del mercato del lavoro oramai giustamente nota, presso esperti, operatori pratici e opinione pubblica, con il nome di «legge Biagi». Una riforma che ha suscitato forti polemiche e contrapposizioni, non solo sul piano della dialettica politico-sindacale, ma anche su quello più propriamente culturale e valoriale <sup>(323)</sup>. Tanto da indurre più di un osservatore a farne l'emblema della precarizzazione e della insicurezza presente nel mercato del lavoro <sup>(324)</sup>.

Il più delle volte tuttavia – ed è questa la tesi che si cercherà di sviluppare nel corso del presente lavoro – si sono imputate alla riforma del mercato del lavoro colpe che non le appartengono. O, meglio, colpe che storicamente non le possono neppure appartenere solo se si considera che il dibattito sulle problematiche della occupazione giovanile e del precariato è vecchio di oltre vent'anni <sup>(325)</sup>, tanto da poter essere collocato nel travagliato passaggio dal c.d. diritto del lavoro dell'emergenza al diritto del lavoro della crisi e/o della trasformazione <sup>(326)</sup>. Là dove, a oltre due

<sup>(321)</sup> Per il filone interpretativo che individua nelle rigidità dei mercati interni del lavoro – e in generale nelle tutele degli *insiders* – uno dei principali ostacoli all'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro cfr. R.B. FREEMAN, D.A. WISE (eds.), *The Youth Labour Market Problem: its Nature, Causes and Consequences*, University of Chicago/NBER, 1992, cui *adde* P. GARONNA, P. RYAN, *The Regulation and Deregulation of Youth Economic Activity*, in P. RYAN, P. GARONNA, R.C. EDWARDS (eds.), *The Problem of Youth: the Regulation of Youth Employment and Training in Advanced Economies*, Macmillan, London, 1991, 25-81. Più recentemente: S. NICKELL, *Unemployment and Labor Market Rigidities: Europe versus North America*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 11, n.3, 55-74, 1997, R. K. VAN DER VELDEN, M. H. J. WOLBERS, *The integration of young people into the labour market: the role of training systems and labour market regulation*, in W. MÜLLER, M. GANGL (eds.), *Transitions from Education to Work in Europe - The Integration of Youth into EU Labour Markets*, Oxford University Press, 2003.

<sup>(322)</sup> Cfr., a questo proposito, G. CAZZOLA, *Lavoro e welfare: giovani versus anziani. Conflitto tra generazioni o lotta di classe del XXI secolo?*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2004.

<sup>(323)</sup> Sulla «riforma Biagi» del mercato del lavoro e sulle contrapposizioni che ad essa hanno fatto seguito la letteratura è oramai sterminata. Per un primo tentativo di bilancio e per alcune considerazioni di politica del diritto e di politica legislativa indispensabili, a parere di chi scrive, per inquadrare correttamente la riforma e il suo impatto sul nostro mercato del lavoro rinvio al mio *The Italian Labour Market after the Biagi Reform*, in *IJLLIR*, n. 2/2005. Vedilo anche all'indirizzo internet del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi" ([www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it)), indice A-Z, voce *Riforma Biagi*, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>(324)</sup> Cfr., tra i tanti, U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004, fasc.1, 19 e L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2004, fasc. 1, 7 cui *adde* i contributi raccolti in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione – Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004 e in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>(325)</sup> Cfr. in dottrina, con riferimento ai primi interventi di contrasto al fenomeno della disoccupazione giovanile M.G. GAROFALO, S. MAZZAMUTO, *La legge sull'occupazione giovanile*, in *RGL* 1977, I, 480 ss. cui *adde*, tra gli altri, P. OLIVELLI, *Il lavoro dei giovani*, Giuffrè, Milano, 1981, e ivi ampi riferimenti bibliografici. Cfr. altresì S. BRUNO, *Disoccupazione giovanile e azione pubblica*, il Mulino, Bologna 1978. Nella letteratura internazionale cfr. il pionieristico studio di K.B. CLARK, L.H. SUMMERS, *The Dynamics of Youth Unemployment*, in L.H. SUMMERS, *Understanding Unemployment*, MIT Press, 1982, 48-86.

<sup>(326)</sup> Per quanto attiene al passaggio dal diritto del lavoro della emergenza (su cui cfr. R. DE LUCA TAMAJO-L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Novene, Napoli 1979) al diritto del lavoro della crisi e/o della trasformazione, cfr. G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Relazione al Convegno AIDLASS su *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Bari, 23-25 aprile 1982, Giuffrè, Milano, 1983, 13 e spec. 27-30.

anni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge n. 30 del 2003 e del decreto legislativo n. 276 del 2003, l'attuazione pratica della riforma risulta ancora parziale e, in attesa della messa a regime delle norme contrattuali e delle normative regionali di riferimento <sup>(327)</sup>, di fatto circoscritta a un numero ancora limitato di istituti <sup>(328)</sup>. Ciò, peraltro, risulta particolarmente evidente proprio con riferimento agli strumenti di sostegno e incentivazione della occupazione giovanile. Basti pensare, a questo proposito che, in attesa delle regolamentazioni regionali e dei contratti collettivi, il nuovo contratto di apprendistato è entrato a regime a macchia di leopardo <sup>(329)</sup> e tra non poche incertezze applicative <sup>(330)</sup>. Di modo che, venuto sostanzialmente meno il ricorso ai contratti di formazione e lavoro <sup>(331)</sup>, resta ancora largamente prevalente l'applicazione della disciplina contenuta nella legge n. 196 del 1997 e nella legge n. 25 del 1955.

Non può dunque essere stata la recente riforma del mercato del lavoro ad aver creato – e neppure acuito, stante il suo ancora limitato grado di operatività nella prassi dei rapporti di lavoro – un problema più che decennale come quello della disoccupazione giovanile e del lavoro precario. Un problema presente, con maggiore o minore intensità, in tutti i Paesi industrializzati e che trova la sua principale spiegazione non certo nel quadro regolatorio di riferimento, quanto nel profondo cambiamento dei metodi di produzione ed organizzazione del lavoro in uno con la progressiva transizione da una economia industriale a una economia terziaria e dei servizi <sup>(332)</sup>.

Nel dibattito italiano su occupazione giovanile e precariato poca o nessuna attenzione viene per contro riservata al profilo della difficile transizione dai percorsi educativi, formativi ed universitari al mondo del lavoro <sup>(333)</sup>.

Attratti da semplificazioni eccessive e fuorvianti, che contrappongono di volta in volta flessibilità a precarietà e modernità a mercificazione, molti osservatori sottovalutano ancora oggi la circo-

<sup>(327)</sup> Per una rassegna ragionata delle molteplici competenze e funzioni affidate dal decreto legislativo n. 276 del 2003 alle Regioni e ai contratti collettivi nella attuazione del processo di riforma del mercato del lavoro cfr. le tavole sinottiche pubblicate in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro – Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, 1065-1089.

<sup>(328)</sup> Cfr., sul punto, il *Rapporto di monitoraggio sulle politiche sociali* del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 32.

<sup>(329)</sup> Così: T. TREU, *L'apprendistato al bivio*, in *Contratti e Contrattazione Collettiva*, n. 8-9/2005, 3.

<sup>(330)</sup> Sullo stato di attuazione delle tre tipologie di apprendistato di cui al decreto legislativo n. 276 del 2003 rinvio a M. TIRABOSCHI, *La messa a regime del nuovo apprendistato tra chiarimenti ministeriali e regolazioni regionali*, in *DRI*, 2005, n. 1, 226-231 cui adde, per i successivi aggiornamenti normativi e interpretativi, L. CAROLLO, *La messa a regime del nuovo apprendistato dopo il «pacchetto competitività» (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *DRI* n. 1/2006.

<sup>(331)</sup> Sulla "morte annunciata" del contratto di formazione e lavoro cfr. G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali – Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, qui 474-478.

<sup>(332)</sup> Cfr, recentemente, proprio con specifico riferimento al problema della occupazione giovanile, Y. HONDA, *"Freeeters": Young Atypical Workers in Japan*, in *Japan Labor Review*, n. 3/2005, qui 11-12 e anche M. MIYAMOTO, *Prolonged Transitional Period and Policy*, in *Japan Labor Review – Special edition*, n. 3/2005, spec. 73-75.

<sup>(333)</sup> Anche nella letteratura internazionale il concetto di «school-to-work transition» è, invero, relativamente recente e, comunque, ancora non trova significativi sviluppi nella analisi giuslavoristica con specifico riferimento al profilo delle tecniche normative e degli assetti istituzionali volti alla promozione della occupazione giovanile. Sul concetto di «transizione scola – lavoro» cfr. lo studio di P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, in *Journal of Economic Literature*, 2001, 34-59.

stanza – decisiva per una corretta impostazione del problema, come bene testimoniano le rilevazioni empiriche e statistiche <sup>(334)</sup> – che proprio il tardivo ingresso dei giovani nel mercato del lavoro è la vera anomalia italiana nel confronto comparato. Non sorprende pertanto che da noi siano ancora poco o nulla sviluppati quei percorsi di ricerca, utili per superare le secche di una pura e semplice contrapposizione ideologica o anche solo concettuale tra flessibilità e precarietà, volti a stabilire precise connessioni tra qualità e funzionamento dei sistemi di educazione e formazione professionale ed efficienza complessiva del mercato del lavoro <sup>(335)</sup>.

È sufficiente rilevare, a questo proposito, che l'età media di accesso a una occupazione regolare è, nel nostro Paese, di oltre 25 anni. Quando proprio questa è l'età in cui si finisce di appartenere, almeno per le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato e incentivi alla occupazione <sup>(336)</sup>, alla categoria «giovani» <sup>(337)</sup>.

Esperienze di tirocinio e contratti di lavoro temporaneo o a contenuto formativo, diffusi in tutti i Paesi e tollerabili (se non anche auspicabili) in giovane età, diventano così – o, comunque, rischiano il più delle volte di diventare – sinonimi di precariato ed esclusione sociale se offerti come unica alternativa a persone che si affacciano per la prima volta al mercato del lavoro in posizione già adulta. E, cioè, a soggetti normalmente in cerca di stabilità e forti sicurezze anche (ma non solo) materiali.

Ma non solo. L'uscita tardiva dai percorsi di istruzione e formazione professionale dà anche luogo, a ben vedere, a un generale, quanto ancora poco studiato, effetto di spiazzamento di larga parte della disciplina giuslavoristica e delle *policy* in materia di lavoro giovanile e, conseguentemente, delle relative tecniche normative di favore di tipo premiale e/o incentivante <sup>(338)</sup> che vengono così applicate – con effetti generalmente modesti <sup>(339)</sup> – al di là delle finalità e dell'ambito (soggettivo) di operatività per cui sono state originariamente pensate.

<sup>(334)</sup> Cfr., recentemente, ISTAT, *Rapporto annuale: la situazione nel Paese nel 2004*, Roma, 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 20; ISTAT, *Università e lavoro – Statistiche per orientarsi 2004/2005*, febbraio 2005, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*; ISTAT, *Inserimento professionale dei laureati*, giugno 2005, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*; ALMALAUREA, *Condizione occupazionale dei laureati, 7ª Indagine – 2004*, in [www.almalaurea.it](http://www.almalaurea.it). In dottrina, per una valutazione d'insieme, cfr. G. CAZZOLA, *Il placement dei neo-laureati secondo le più importanti indagini delle forze di lavoro*, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 25 cui *adde* A. ACCORNERO, *Valorizzare la qualità del capitale umano per la competitività del Paese*, intervento alla conferenza *Le imprese italiane e il mercato del lavoro* organizzata a Roma il 9 Giugno 2005 dall'Aspen Institute.

<sup>(335)</sup> Tra i pochi interventi in materia cfr. F.E. CAROLEO, F. PASTORE, *La disoccupazione giovanile in Italia. La riforma dei sistemi di istruzione e di formazione professionale come alternativa della flessibilità numerica per accrescere l'occupabilità*, in *Economia e Lavoro*, n. 1/2005 (e anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce, *Università, scuola e mercato del lavoro*). Degli stessi autori, in chiave comparata, cfr. *Youth Participation in the Labour Market in Germany, Spain and Sweden*, in T. HAMMER (ed.), *Youth Unemployment ecc.*, cit., 115-141.

<sup>(336)</sup> Cfr. ora, per questa definizione, l'articolo 1 del decreto legislativo n. 181 del 2000, come modificato dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 297 del 2002.

<sup>(337)</sup> Rileva il paradosso N. O'HIGGINS, *The Challenges of Youth Unemployment*, cit. § 1.1.1., là dove rileva che, secondo la definizione utilizzata a livello internazionale, per giovani si intendono i soggetti compresi tra i 15 e i 24 anni compiuti, mentre in Italia il concetto di giovane è stato a tal punto dilatato, anche ai fini della applicazione di determinate discipline giuridiche, fino al punto di comprendere soggetti di 32 anni.

<sup>(338)</sup> Per un tentativo di ricostruire in termini sistematici le norme di incentivazione della occupazione giovanile alla luce dei vincoli e dei limiti posti da diritto comunitario della concorrenza rinvio al mio *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>(339)</sup> Per una valutazione dello scarso effetto pratico delle politiche di intervento sul mercato del lavoro a sostegno della occupazione giovanile cfr. P. RYAN, *The School-to-Work transition ecc.*, cit. spe. § 6 e anche W. N. GRUBB, *Lessons from Education and Training for*



Emblematica, a questo proposito, è stata nel nostro Paese la vicenda dei contratti di formazione e lavoro, il cui campo di applicazione soggettivo, esteso già dal Legislatore nazionale ai “giovani” dai 29 ai 32 anni <sup>(340)</sup>, ha di fatto poi trovato applicazione, in virtù delle integrazioni alla normativa nazionale apportate in sede regionale, per talune categorie di lavoratori con particolari difficoltà di inserimento nel mercato del lavoro, fino a 35 anni nel Lazio, 38 in Calabria, 40 in Campania, Abruzzo e Sardegna e addirittura 45 in Basilicata, Molise, Puglia e Sicilia <sup>(341)</sup>. Con l’ovvia conseguenza di attenuare l’effetto promozionale proprio della norma incentivo per i gruppi di lavoratori più giovani e privi di una precedente esperienza lavorativa.

Anche le conseguenze sociali del difficoltoso e tardivo ingresso nel mercato del lavoro dei giovani sono evidenti. Come peraltro confermato anche da recenti indagini empiriche <sup>(342)</sup>, la tipologia di contratto con cui si è assunti e si lavora, se pare non incidere in modo significativo sulla decisione di uscire dalla famiglia di origine – decisione da noi spostata molto in avanti rispetto a quanto si registra negli altri Paesi – assume comunque un ruolo sempre più decisivo nella scelta di stabilizzare, anche grazie a una posizione lavorativa rassicurante normalmente propria dei soli rapporti a tempo indeterminato, i legami affettivi e nell’orientare i modelli di vita.

Così come evidenti sono anche le ripercussioni sulle competenze e sulle motivazioni dei giovani che, dilatandosi eccessivamente i tempi di transizione dalla scuola al lavoro, rischiano di cadere in un circolo vizioso. Più è lunga la transizione più si comprimono infatti le possibilità di ingresso nel mercato del lavoro secondo percorsi normativi e contrattuali di qualità e adeguatamente remunerati <sup>(343)</sup>. E questo anche perché chi è in possesso di un titolo di studio medio-alto è portato a preferire la disoccupazione ovvero un ulteriore impegno educativo e/o formativo a un posto di lavoro ritenuto non congruo alle proprie aspettative professionali e di carriera <sup>(344)</sup>, così come le

---

*Youth: Five Precepts*, in OECD, *Preparing Youth for the 21<sup>st</sup> Century – The Transition from Education to the labour Market*, cit., 363-383. Con riferimento al profilo della neutralizzazione dei possibili effetti delle norme incentivo in ragione di una incontrollata dilatazione e sovrapposizione del loro campo di applicazione cfr. ancora il mio *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, cit., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici

<sup>(340)</sup> Cfr., prima delle modifiche intervenute con il decreto legislativo n. 276 del 2003, l’articolo 16 della legge 19 luglio 1994, n. 451.

<sup>(341)</sup> Dà conto di questa palese incongruenza, rispetto alla *ratio* di una qualsivoglia disciplina in materia di incentivi alla occupazione giovanile, l’Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, al punto 21 delle Conclusioni, presentate il 17 maggio 2001, in relazione alla nota causa C-310/99 intentata dalla Repubblica Italiana contro la Commissione delle Comunità Europee sull’applicazione del regime comunitario della concorrenza ai contratti di formazione e lavoro. Per una ricostruzione della vicenda rinvio a M. Tiraboschi, *Contratti di formazione e lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in *RIDL*, 2002, n. 3. Cfr. altresì C. SERRA, *Diritto comunitario della concorrenza e regime italiano di incentivazione economica: una lunga querelle tra Governo italiano e Commissione europea*, in *OGL*, 2002, n. 2, 23-29.

<sup>(342)</sup> S. SALVINI, I. FERRO, *Un difficile equilibrio: i giovani tra flessibilità del mercato del lavoro e scelte familiari*, relazione presentata al convegno Famiglie, nascite e politiche sociali, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 28-29 aprile 2005 in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*. Per un confronto statistico cfr. ISTAT, *Rapporto annuale: la situazione nel Paese nel 2004*, cit., spec. 245-248.

<sup>(343)</sup> P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, cit., § 4.2.

<sup>(344)</sup> Cfr. D. CHECCHI, *Scelte di scolarizzazione ed effetti sul mercato del lavoro*, in C. LUCIFORA (a cura di), *Mercato, occupazione e salari: la ricerca sul lavoro in Italia*, Mondadori, Milano, 2003, § 1.4, nota 33 (anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*), che rileva come i giovani sovrastimino il potenziale di guadagno associato alla laurea, e che questa sovrastima tende a crescere con l’abilità dello studente e/o con la probabilità d’impiego nel mercato del lavoro locale. Nella letteratura internazionale cfr. D.G. BLANCHFLOWER, *What Can Be Done to Reduce the High Levels of Youth Joblessness in the World*, ILO, August 1999 (in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*) che giustamente rileva come «high unemployment encourages young people to stay on longer at school and get more education».

stesse imprese – anche là dove non perseguano unicamente una politica di riduzione del costo del lavoro <sup>(345)</sup> – possono trovare inadeguate figure professionali ritenute eccessivamente scolarrizzate e qualificate.

Che quello dell'ingresso tardivo nel mercato del lavoro sia uno dei principali mali del nostro mercato del lavoro lo dimostra anche la circostanza che in Italia il periodo di transizione dalla scuola al lavoro è il più lungo rispetto alla maggior parte dei paesi OCSE: oltre 11 anni contro una media di 7 <sup>(346)</sup>.

Gli studenti tra i 15 e i 19 anni non svolgono normalmente nessuna attività o esperienza lavorativa durante gli studi, a differenza di molti paesi, come Olanda, Danimarca, Germania, dove gli adolescenti di questa fascia di età che lavorano raggiungono valori percentuali tra il 30 e il 40 per cento <sup>(347)</sup>. La percentuale degli studenti universitari, tra i 20 e i 24 anni, che lavorano è tra le più basse al mondo, meno del 10 per cento, mentre in Olanda e negli Stati Uniti raggiunge anche il 60 per cento <sup>(348)</sup>. Altrettanto preoccupante è la percentuale dei giovani "a rischio" di esclusione sociale perché fuori da qualsiasi contesto di formazione e/o lavoro. Quasi il 35 per cento dei giovani tra i 15 e i 19 anni sono infatti inattivi e non seguono alcun percorso formativo. Oltre il 20 per cento dei giovani tra i 20 e i 24 anni non studiano e non lavorano, con esclusione di quanti hanno perso un lavoro <sup>(349)</sup>.

I giovani italiani in buona sostanza, e anche a prescindere dalle complicazioni dovute ai rilevanti differenziali geografici <sup>(350)</sup>, hanno dunque grandi difficoltà a entrare nel mondo del lavoro – vuoi per carenza di formazione, istruzione e orientamento vuoi anche per un evidente *mismatch* tra l'offerta formativa e la domanda delle imprese <sup>(351)</sup> – e quando vi entrano non sono più tali. La stessa età di uscita dai percorsi universitari e di alta formazione – come dimostrano le recenti rilevazioni dell'ISTAT e di ALMALAUREA <sup>(352)</sup> – è decisamente molto più alta rispetto agli altri Paesi europei: 27/28 anni contro una media di 22/23.

Secondo i dati forniti dal Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario <sup>(353)</sup>, soltanto il 17,5 per cento delle lauree viene conseguito entro i 24 anni e cioè in una età che risulta

<sup>(345)</sup> Nella letteratura internazionale cfr. C. BJORNSKOV, *Social Trust and the Growth of Schooling*, Relazione presentata al *First Annual Young Economist Workshop*, Roma, Università "La Sapienza", Centro Interuniversitario di Ricerca sullo Stato Sociale, aprile 2004, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Capitale sociale*.

<sup>(346)</sup> Cfr. N. BOTTANI, A. TOMEI, *Com'è la transizione dalla scuola al lavoro in Italia*, relazione presentata in occasione del Seminario Internazionale di Formazione *I percorsi della scuola secondaria: il dilemma dell'istruzione tecnica e professionale*, Bologna 5-6 marzo 2004, 15 (anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*). Cfr. altresì N. BOTTANI, A. TOMEI, *La difficile transizione dalla scuola al lavoro*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), del 9 settembre 2004.

<sup>(347)</sup> Cfr. N. BOTTANI, A. TOMEI, *Com'è la transizione dalla scuola al lavoro in Italia*, cit., 20.

<sup>(348)</sup> Cfr. N. BOTTANI, A. TOMEI, *Com'è la transizione dalla scuola al lavoro in Italia*, cit., 20.

<sup>(349)</sup> Sul punto, anche per ulteriori considerazioni e dati bibliografici e statistici, si veda M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva - Manifesto per le nuove sicurezze*, Marsilio, Venezia, 2004, qui p. 41.

<sup>(350)</sup> Sui rapporti tra disoccupazione giovanile e questione meridionale – tema questo che fuoriesce dai limiti del presente lavoro, ma che pure assume particolare rilievo per una corretta impostazione del problema – cfr. la puntuale analisi di F.E. CAROLEO, F. PASTORE, *La disoccupazione giovanile in Italia ecc.*, cit., spec. § 3.

<sup>(351)</sup> Sul punto cfr. ora A. ACCORNERO, *Valorizzare la qualità del capitale umano per la competitività del Paese*, cit.

<sup>(352)</sup> *Supra*, nota 11.

<sup>(353)</sup> Vedili all'indirizzo internet del Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario (<http://www.cnvsu.it/>).

congrua per un tranquillo ingresso nel mercato del lavoro. Il 60,1 per cento delle lauree viene invece conseguito tra i 25 e il 29 anni e addirittura il 22,4 per cento oltre i 30 anni. Oggi si registra certamente qualche miglioramento rispetto al recente passato <sup>(354)</sup>, ma è ancora troppo poco rispetto a quanto avviene negli altri Paesi. Per non parlare poi della bassa qualità della offerta formativa e della incontrollata proliferazione dei percorsi di laurea (oggi esistono ben 3.817 corsi di laurea triennale!), spesso ritenuti inadeguati dalle imprese che si trovano così a dover assumere “giovani” mediamente di oltre 27/28 anni che non solo sono privi di esperienze lavorative ma che vengono anche ritenuti, a torto o a ragione, inadatti a fornire un immediato e proficuo apporto al processo produttivo <sup>(355)</sup>.

Come facilmente verificabile anche solo confrontando il numero degli esami da sostenere (e i relativi programmi) rispetto a quelli previsti nella laurea quadriennale, il recente passaggio alla laurea triennale si è peraltro tradotto, il più delle volte, in una mera operazione di compressione della offerta formativa del vecchio ordinamento nei tre anni del nuovo <sup>(356)</sup>.

Il numero dei corsi universitari rimane davvero ancora troppo elevato e frammentato senza garantire, in un numero significativo di casi, realistici sbocchi professionali. Con la conseguenza, tra le altre cose, che si registra uno scarso tasso di coerenza tra occupazione e percorso educativo/formativo <sup>(357)</sup>. Per non parlare poi dei casi, altrettanto rilevanti e statisticamente significativi <sup>(358)</sup>, in cui il possesso di una laurea non risulta rilevante ai fini del lavoro concretamente svolto.

Altrettanto preoccupanti sono infine i dati relativi alle modalità d'ingresso nel mercato del lavoro, a conferma di una persistente situazione di debolezza delle strutture pubbliche per l'impiego e dei servizi istituzionali di incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro <sup>(359)</sup>.

Nel corso del 2003, in un contesto normativo decisamente antiquato <sup>(360)</sup> e che ancora vietava l'intervento delle sedi universitarie nelle funzioni di *placement* <sup>(361)</sup>, ben 60 laureati su cento

<sup>(354)</sup> Cfr. altresì i dati del *Sesto rapporto sullo stato del sistema universitario* condotto dal Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario, Roma, settembre 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 31 di cui non si è potuto tener conto nella stesura del presente lavoro perché resi noti nelle more della pubblicazione.

<sup>(355)</sup> Confindustria, *Rapporto Education 2004 – Capitale umano, qualità e competitività: quando la formazione anticipa lo sviluppo*, Roma, 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 20.

<sup>(356)</sup> Conferenza dei Rettori delle Università italiane, *Rapporto 2005 – L'Università vive il Paese. Relazione sullo stato delle Università italiane 2005*, 20 settembre 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 33.

<sup>(357)</sup> Cfr. le rilevazioni dell'Istat indicate *supra* alla nota 11.

<sup>(358)</sup> *Ibidem*. Cfr. anche Cfr. Altresì N. BOTTANI, A. TOMEI, *La difficile transizione dalla scuola al lavoro*, in *www.lavoce.info*, del 9 settembre 2004.

<sup>(359)</sup> Per questi profili cfr., i contributi raccolti in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005 e ivi ampi riferimenti bibliografici.

<sup>(360)</sup> Significativo è il confronto comparato e, segnatamente, l'analisi del caso giapponese che, già all'inizio degli Ottanta registrava un collaudato meccanismo di transizione dal mondo della scuola e della Università al mercato del lavoro «via placement services provided on the initiative of the school». Così R. KOSUGI, *The Transition from School to Working Life Issue*, in *Japan Labor Review*, n. 3/2005, qui 2. Cfr. anche P. RYAN, *The School-To-Work Transition Twenty Years On: Issues, Evidente and Conundrums*, in OECD, *Preparing Youth for the 21<sup>st</sup> Century ecc.*, 448-449.

<sup>(361)</sup> Cfr. i contributi di Clara Enrico e Paola Olivelli che seguono. Il tema è affrontato anche in S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazioni e autorizzazioni regionali*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro*, cit., spec. 265-271.

hanno infatti trovano una occupazione grazie alla loro capacità d'iniziativa personale, alle inserzioni a mezzo stampa e/o internet, alle reti amicali e alla intermediazione dei familiari e conoscenti <sup>(362)</sup>. Solo una percentuale alquanto limitata è passata attraverso i centri per l'impiego e ancora meno, nonostante le preoccupazioni di parte degli osservatori sul precariato causato dalla liberalizzazione delle fasi di incontro tra domanda e offerta di lavoro <sup>(363)</sup>, sono i giovani che hanno fatto ingresso nel mercato del lavoro per il tramite delle agenzie private del lavoro e, segnatamente, delle agenzie di somministrazione di lavoro altrui.

Le rilevazioni empiriche indicano, in particolare, come sia ancora decisamente limitato, rispetto alle potenzialità del mercato del lavoro italiano, il ricorso alle agenzie private del lavoro che infatti coprono poco più di una quota dello 0,63 per cento del mercato del lavoro italiano contro il 5 per cento del Regno Unito, il 2,6 per cento dell'Olanda, l'1 per cento della Germania <sup>(364)</sup>. E questo nonostante una recente – e accurata – ricerca condotta per conto del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali <sup>(365)</sup> abbia dimostrato come «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 per cento al 28 per cento» <sup>(366)</sup>. A conferma di quanto sia infondata la percezione, ancora largamente diffusa nel nostro Paese <sup>(367)</sup>, del lavoro interinale e della somministrazione come anticamera della precarietà a vita.

## 2. La revisione delle azioni e delle *policy* per contrastare la cronica debolezza dei giovani sul mercato del lavoro: profili critici.

Una volta usciti dalle scuole e dalle Università i giovani italiani perdono dunque contatto con le reti formali e istituzionali del collocamento, pubbliche o private che siano. E questo, il più delle volte, con grave pregiudizio non solo in relazione alla durata e alla qualità dei percorsi di inserimento nel mercato del lavoro ma anche in relazione al profilo – particolarmente evidente nel nostro Paese nel confronto comparato <sup>(368)</sup> – della bassa coerenza tra i percorsi educativi e/o formativi e le scelte di ingresso nel mercato del lavoro. Scelte che, il più delle volte, avvengono dunque in modo del tutto fortuito e occasionale spiazzando così, una volta ancora, l'impianto e

<sup>(362)</sup> Cfr., con riferimento alle ai dati AlmaLaurea indicati *supra*, alla nota 11, le considerazioni di G. CAZZOLA, *Il placement dei neo-laureati ecc.*, cit.

<sup>(363)</sup> Cfr., in questa prospettiva, V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione ecc.*, cit., 28-36.

<sup>(364)</sup> Vedi International Confederation of Temporary Work Businesses - Dati elaborati dalla CIETT (International Confederation of Temporary Work Businesses) in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 35.

<sup>(365)</sup> Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia – Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, 2003, qui 57-59, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Somministrazione di lavoro*.

<sup>(366)</sup> A circa il 51 per cento dei lavoratori interinali viene peraltro prospettata la possibilità di essere assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice al termine della missione. Stando ancora alla ricerca di A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia ecc.*, cit., «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».

<sup>(367)</sup> 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, 2004, 91-164.

<sup>(368)</sup> Cfr. i dati contenuti ISTAT e ALMALAUREA indicati alla nota 11.

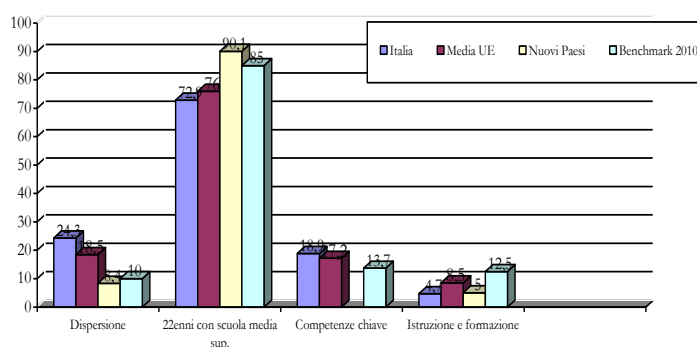
la *ratio* della normativa volta a guidare e rendere più agevole l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro.

Molti osservatori sembrano concordi nel ritenere, a questo proposito, che la riduzione del numero di giovani in condizione di debolezza sul mercato del lavoro e nell'esercizio della cittadinanza attiva passi fondamentalmente attraverso l'innalzamento della quota di studenti che completano il ciclo di istruzione-formazione secondaria superiore <sup>(369)</sup>. Poco è stato tuttavia fatto nel nostro Paese in questa direzione.

Allo stato, e in attesa di poter verificare sul campo gli esiti del processo di riforma avviato con la «legge Moratti» <sup>(370)</sup>, l'indicatore della dispersione scolastica nel segmento dell'istruzione secondaria – misurato attraverso la percentuale di popolazione tra i 18 ei 24 anni che ha terminato soltanto il primo ciclo dell'istruzione secondaria inferiore e non prosegue gli studi o una formazione – evidenzia in termini inequivocabili la gravità del problema <sup>(371)</sup>, che assume a ben vedere contorni ancora più netti nel confronto comparato. In Italia, nel 2003, si registra un ritardo considerevole rispetto al *benchmark* europeo (23,5 per cento, rispetto al 10 per cento previsto nel 2010 dalla Strategia di Lisbona), più evidente per la componente maschile.

Il confronto con altre realtà europee (vedi il grafico che segue) colloca l'Italia in terz'ultima posizione, con un forte divario non solo rispetto alla media UE (18,5 per cento), ma anche alla media dei nuovi Paesi membri che già oggi, con l'8,4 per cento, raggiungono l'obiettivo del *benchmark*.

#### Confronto internazionale rispetto a 4 benchmark su istruzione e formazione



Fonte: elaborazione su dati Eurostat, OCDE, Istat

<sup>(369)</sup> In questa prospettiva cfr P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, cit.; Rapporto Isfol 2005, cap. 4.

<sup>(370)</sup> Legge 28 marzo 2003, n. 53 del 2003 su cui cfr. G. BRETAGNA, *L'alternanza scuola lavoro. Ipotesi, modelli, strumenti dopo la riforma Moratti*, CISEM-Franco Angeli, 2003; AA.VV., *Alternanza scuola lavoro le nuove sfide della concorrenza*, in *Annali dell'Istruzione 2004*, Le Monnier, Firenze, 2004.

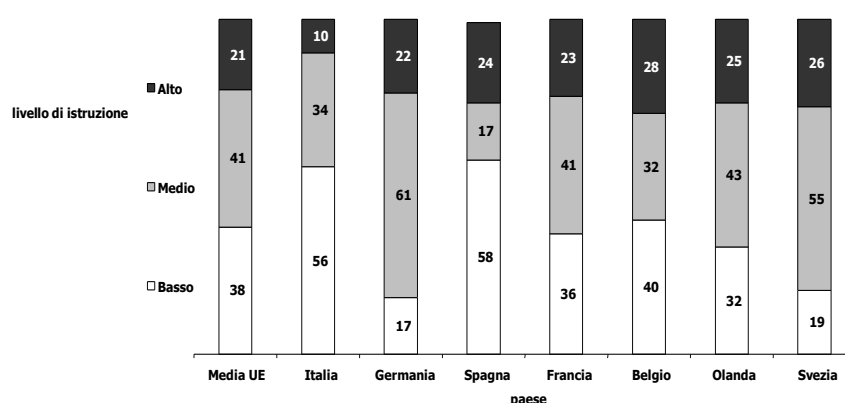
<sup>(371)</sup> Cfr. i dati contenuti in Ministero della Istruzione, dell'Università e della Ricerca, *Indagine campionaria sulla dispersione scolastica nelle scuole statali – Anno scolastico 2003 – 2004*, Roma, 2004, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Capitale umano*.

Così come non può poi essere neppure trascurata la circostanza che solo il 72,9 per cento dei giovani completa almeno l'istruzione secondaria superiore. Un dato ancora ben lontano dal parametro dell'85 per cento fissato nell'ambito della Strategia di Lisbona <sup>(372)</sup>.

Altrettanto indicativi sono anche i dati relativi agli abbandoni universitari – specialmente tra il primo e il secondo anno di laurea – e la massiccia concentrazione delle immatricolazioni in quelle facoltà e in quei percorsi di laurea c.d. deboli, che non garantiscono cioè adeguati sbocchi professionali e un soddisfacente assorbimento nel mercato del lavoro. Segno di una grave e persistente carenza non solo nel raccordo tra offerta formativa e mondo del lavoro ma, prima ancora, nello stesso orientamento in uscita dalla scuola secondaria <sup>(373)</sup>.

Non sorprende dunque che l'Italia registri ancora oggi bassissimi livelli di istruzione e scolarizzazione, tra la popolazione compresa tra i 25 e i 64 anni, come dimostra il confronto con gli altri Paesi (v. il grafico che segue) <sup>(374)</sup>.

**Graf. 2 - Ripartizione % della popolazione (25-64 anni) per livello di istruzione in alcuni paesi europei**



Fonte: Eurostat, 2002

Solo poco più del 40 per cento della popolazione adulta (25-64 anni) possiede titoli di istruzione secondaria e superiore. Nella fascia d'età centrale (30-59 anni), il 53 per cento delle forze di lavoro maschili e il 42 per cento di quelle femminili non supera la licenza media e una persona su 10 ha

<sup>(372)</sup> Cfr. A. BULGARELLI, M. TIRABOSCHI, *Transizione scuola – lavoro: qualcosa è cambiato*, in *www.la voce.info* dell'11.10.2004.

<sup>(373)</sup> Accanto alle rilevazioni statistiche citate *supra* alla nota 11, cfr. CNEL, *Educazione e formazione – Osservazioni e proposte*, Roma, 31 marzo 2005, in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*.

<sup>(374)</sup> Cfr. D. CHECCHI, *Scelte di scolarizzazione ed effetti sul mercato del lavoro*, in C. LUCIFORA (a cura di), *op. cit.* Rileva che la percentuale dei laureati sulla popolazione generale è ancora tra le più basse d'Europa anche P. Tosi, *Relazione sullo stato delle Università italiane 2005*, Roma, 20 settembre 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 33, qui 5. Infine si rinvia anche a Conferenza dei Rettori delle Università italiane, *Rapporto 2005 – L'Università vive il Paese. Relazione sullo stato delle Università italiane 2005*, 20 settembre 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 33.

solo la licenza elementare <sup>(375)</sup>.

In un mercato del lavoro fortemente destrutturato come il nostro questi dati assumono poi una marcata caratterizzazione anche in funzione del genere e della appartenenza alla vasta categoria dei lavoratori svantaggiati <sup>(376)</sup>. Il tasso di partecipazione femminile al mercato del lavoro, in particolare, risulta strettamente correlato al titolo di studio conseguito con differenziali molto ampi. Soltanto il 39 per cento delle donne senza titolo di studio superiore lavora contro il 61 per cento delle diplomate e il 79 per cento delle laureate. Bassi livelli di istruzione e formazione risultano ancora oggi una discriminante nell'accesso delle donne al mercato del lavoro regolare e istituzionale <sup>(377)</sup>.

Alla luce di queste considerazioni il ritardo dell'Italia non pare invero colmabile con un semplice incremento quantitativo degli investimenti in formazione e, come pure inizialmente fatto con la legge n. 196 del 1997 <sup>(378)</sup>, degli incentivi – anche finanziari – a sostegno delle politiche promozionali sul mercato del lavoro. Piuttosto, è la struttura stessa dell'offerta formativa e delle tradizioni di *policy* che necessita di revisione e profonda innovazione a sostegno della (debole) posizione lavorativa dei più giovani (e non solo) nel mercato del lavoro <sup>(379)</sup>.

Le migliori esperienze comparate <sup>(380)</sup> segnalano, a questo riguardo, che la direzione da intraprendere non è quella della pura e semplice deregolamentazione dei mercati del lavoro <sup>(381)</sup> ma neppure, contrariamente a quanto si è soliti pensare, quella delle politiche attive e dei programmi

<sup>(375)</sup> Per una analisi di questi dati cfr. A. ACCORNERO, *Valorizzare la qualità del capitale umano per la competitività del Paese*, Op. cit. cui adde A. BULGARELLI, *Verso una strategia di Lifelong Learning: stato dell'arte e evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, in S. MALANDRINI, A. RUSSO (a cura di) *Lo sviluppo del «capitale umano» tra innovazione organizzativa e tecniche di fidelizzazione*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>(376)</sup> Secondo la definizione contenuta nell'articolo 2, lettera f) del regolamento comunitario n. 2204 del 12 dicembre 2002 e fatta ora propria dal nostro Legislatore all'articolo 2, comma 1, lett. k) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

<sup>(377)</sup> Cfr. i dati contenuti nei rapporti Istat indicati *supra*, nota 11. Nella letteratura internazionale, con riferimento non solo al genere ma anche ad altri fattori come la razza e il contesto sociale di riferimento, cfr. P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, cit., § 2.

<sup>(378)</sup> Per una rassegna degli interventi straordinari per l'occupazione giovanile, specie nelle aree del Mezzogiorno, cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro – Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, spec. 293 e ss.

<sup>(379)</sup> Per gli opportuni approfondimenti, anche alla luce del quadro comunitario di riferimento, cfr. A. BULGARELLI, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte e evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, cit. Nella letteratura internazionale cfr. J. FIELD, *Lifelong learning and the new educational order*, Trentham Books, Stoke-on-Trend, 2000, 81; W. HEIDEMANN, *Lifelong learning and the employability: is the European model of vocational training in crisis?*, European Trade Union Confederation, Brussels, 2000; P. JARVIS, *Global trends in lifelong learning and the response of the Universities*, in *Comparative Education*, vol. 35, n. 2, 1999, 249-257.

<sup>(380)</sup> Cfr., per una efficace rassegna e talune evidenze empiriche, P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, cit., § 6. Cfr. altresì J. GAUTIER, *Promoting Employment for Youth: a European Perspective*, in OECD, *Preparing Youth for the 21<sup>st</sup> Century* ecc., cit., 387-418.

<sup>(381)</sup> In questa prospettiva cfr. tuttavia il «*Job Study*» dell'OECD del 1994 (vedilo in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Politiche per l'occupazione*), secondo cui sono i persistenti livelli di tutela e di regolazione del mercato del lavoro a incidere, negativamente, sui livelli e la qualità della occupazione giovanile.

c.d. di *job creation* che infatti – in un po' tutti i Paesi <sup>(382)</sup> ma in Italia in particolare <sup>(383)</sup> – si sono il più delle volte rivelati palesemente inadeguati per affrontare in termini strutturali il problema della occupazione giovanile.

Ben altro valore e importanza sembrano per contro assumere la riforma dei sistemi di istruzione e di formazione professionale <sup>(384)</sup> e, in generale, il buon funzionamento di tutti quegli istituti volti ad accrescere – anche mediante l'operatività di reti più o meno formalizzate tra istituzioni locali, istituzioni scolastiche e formative, associazioni datoriali, imprese e organizzazioni sindacali – l'occupabilità dei giovani <sup>(385)</sup>. Particolarmente significative sono, da questo specifico punto di vista, le esperienze di alternanza scuola – lavoro e, segnatamente, il contratto di apprendistato <sup>(386)</sup>, nonché tutti quei meccanismi istituzionali volti ad agevolare il *placement* degli studenti e, in generale, la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro <sup>(387)</sup>. Ed in effetti, come efficacemente rilevato dalla letteratura internazionale sulla scorta di esperienze di successo come quelle di Germania e Giappone, «labor market programs come and go. Institutions develop, adapt and, for the most, endure» <sup>(388)</sup>.

### 3. Giovani e precariato: il falso problema delle collaborazioni coordinate e continuative e la riforma dei contratti con finalità formative.

Le più recenti rilevazioni empiriche consentono in ogni caso di sfatare alcuni luoghi comuni sulla qualità della occupazione giovanile e cioè il fatto che i giovani occupati siano tutti (o quasi) precari

<sup>(382)</sup> Ampia rassegna dei fallimenti delle politiche attive e finanziarie a sostegno della occupazione giovanile in D.G. BLANCHFLOWER, *What Can Be Done to Reduce the High Levels of Youth Joblessness in the World*, cit., qui 38-42 cui adde P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, cit., spec. § 6.2. Cfr. altresì il rapporto ILO, *Employing Youth: Promoting Employment-Intensive Growth*, Geneva, 2000, spec. 47-51 (vedilo anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, Università, Scuola, Mercato del lavoro) e, per i profili più propriamente giuslavoristici, i contributi raccolti in M. BIAGI (es.), *Job Creation and Labour Law – From Protection towards Pro-action*, Kluwer Law International, 2000.

<sup>(383)</sup> Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *The Role of Labour Law in Job Creation Policies: an Italian Perspective*, in M. BIAGI (es.), *Job Creation and Labour Law ecc.*, cit., 179-187.

<sup>(384)</sup> In questa prospettiva cfr. F. E. CAROLEO, F. PASTORE, *La disoccupazione giovanile in Italia. La riforma dei sistemi di istruzione e di formazione professionale come alternativa della flessibilità numerica per accrescere l'occupabilità*, cit.

<sup>(385)</sup> Insiste su questo punto M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel doporiforma: verso la piena occupabilità?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi – Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 13-31.

<sup>(386)</sup> Ovviamente là dove i contratti di apprendistato – e i contratti a contenuto formativo in generale – non rappresentino un mero equivalente funzionale del contratto a termine o del salario di ingresso. Particolarmente significativa è, da questo punto di vista, l'esperienza tedesca che, nonostante qualche recente segnale di crisi, rappresenta il canale più efficiente – in termini non solo qualitativi ma anche quantitativi – di transizione dei giovani dalla scuola al lavoro indicato dalla analisi comparata. Cfr. P. RYAN, *The School-To-Work transition: a cross-national perspective*, cit., § 5 e § 8 e anche M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *La rilevanza della formazione in apprendistato in Europa: problemi e prospettive*, in *DRI*, 1, 1999, spec. 87 – 89.

<sup>(387)</sup> Come, per esempio, il modello giapponese di assunzione basato sulla selezione e il *placement* nelle istituzioni scolastiche e nelle università su cui *infra*, nota 141. In tema cfr. P. RYAN, *op. loc. ult. cit.*, cui adde i contributi raccolti in W. MÜLLER, M. GANGL (eds.), *Transitions from Education to Work in Europe - The Integration of Youth into EU Labour Markets*, Oxford University Press, 2003.

<sup>(388)</sup> Ancora P. RYAN, *op. cit.*, qui § 8, che, con riferimento all'apprendistato in Germania e al *placement* universitario e scolastico in Giappone, giustamente rileva: «those institutions have allowed Germany and Japan to avoid mass labor market programs and to concentrate instead on institutional development improving general education, vocational preparation and job placement, and making easier for low achievers to participate. Although Japanese and German transition institutions have come under strain, they have adopted well and they continue – thus far at least – to function largely intact».



ed ingrossino inesorabilmente le fila dei collaboratori coordinati e continuativi <sup>(389)</sup>.

Secondo il rendiconto INPS per il 2004 <sup>(390)</sup> il numero dei giovani occupati con contratti di collaborazione è, infatti, di gran lunga inferiore rispetto a quelli che entrano nel mercato del lavoro con rapporti di lavoro a contenuto formativo o, comunque, con contratti di inserimento lavorativo che sono indubbiamente i percorsi preferenziali per conseguire, in tempi ragionevoli, l'obiettivo della stabilizzazione del rapporto di lavoro.

Alla fine del 2004 gli iscritti alla gestione dei lavoratori parasubordinati dell'INPS sono stati più di 3.330.000 (493mila in più del 2003). La componente più numerosa (con oltre un milione di iscrizioni pari ad un terzo del totale) è però quella dei lavoratori in età compresa tra i 30 e i 39 anni. Risultano invece relativamente pochi, e cioè poco più di 196mila (meno del 6 per cento del totale) i giovani e cioè i soggetti che, come già rilevato, hanno una età inferiore a 25 anni. In numero notevole (853.199) sono, invece, gli ultracinquantenni: il 25 per cento del totale delle iscrizioni, pari al quadruplo delle posizioni degli under 25 anni. Tra gli atipici *seniores*, gli ultrasessantenni sono poi quasi 370mila, pari all'11 per cento del totale.

**Gestione parasubordinati Inps: numero degli iscritti al 31.12.2004 per classe di età (totale uomini e donne)**

| Classi d'età | <20    | 20-24   | 25-29   | 30-39     | 40-49   | 50-59   | 60 e +  | Totale    |
|--------------|--------|---------|---------|-----------|---------|---------|---------|-----------|
| Iscritti     | 12.509 | 183.608 | 477.127 | 1.092.858 | 711.018 | 483.467 | 369.732 | 3.339.319 |

*(uomini)*

| Classi d'età | <20   | 20-24  | 25-29   | 30-39   | 40-49   | 50-59   | 60 e +  | Totale    |
|--------------|-------|--------|---------|---------|---------|---------|---------|-----------|
| Iscritti     | 6.198 | 76.256 | 196.945 | 514.921 | 385.647 | 306.523 | 277.633 | 1.764.123 |

*(donne)*

| Classi d'età | <20   | 20-24   | 25-29   | 30-39   | 40-49   | 50-59   | 60 e + | Totale    |
|--------------|-------|---------|---------|---------|---------|---------|--------|-----------|
| Iscritti     | 6.311 | 107.352 | 280.182 | 577.937 | 325.371 | 176.944 | 92.099 | 1.566.196 |

Fonte: Inps rendiconto 2004

È dunque difficile immaginare, anche mettendoci una buona dose di ideologismo, che il rapporto di collaborazione coordinato e continuativo – riformato dalla legge Biagi nella c.d. modalità a progetto <sup>(391)</sup> e su cui oggi è polarizzato il dibattito sulla precarizzazione del lavoro – sia una specie

<sup>(389)</sup> Per questa impostazione, che ancora tende semplicisticamente ad assimilare gli iscritti alla gestione separata INPS con i precari, cfr. G. RIVELLINI, G.A. MICHELI, F. BILLARI, *Flessibilità come vincolo e come filosofia: segni di polarizzazione sociale nella formazione delle intenzioni*, relazione presentata al convegno Famiglie, nascite e politiche sociali, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 28-29 aprile 2005 in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*. Per una accurata indagine volta a distinguere, all'interno della ampia categoria dei collaboratori coordinati e continuativi, i soggetti realmente deboli cfr. A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, in *DRI*, 2005, 1, 60, e CNEL, *Rapporto sul Mercato del lavoro 2003*, Roma, luglio 2004, in *Boll. ADAPT*, 2004, n. 43.

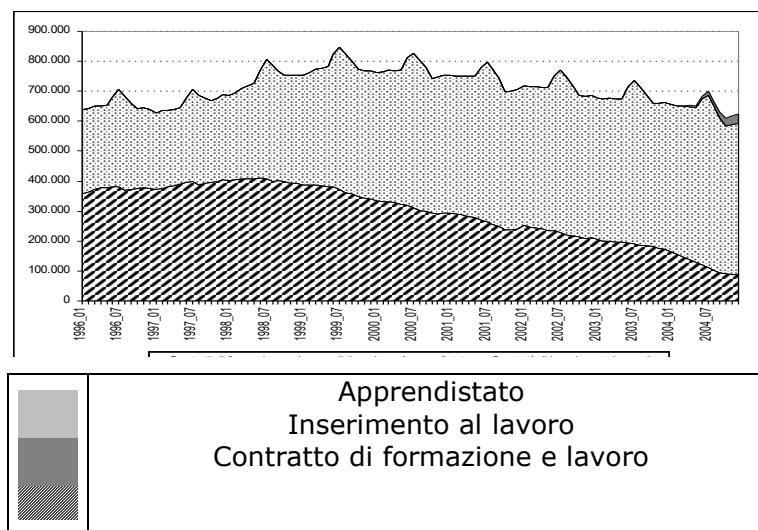
<sup>(390)</sup> Vedilo in *Boll. ADAPT* n. .... / ....

<sup>(391)</sup> Per i profili della modalità a progetto di un rapporto di lavoro che continua a rimanere inquadrato nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 409, n. 3, del Codice di Procedura Civile, cfr. la circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 1/2004, in *Boll. ADAPT*, 2004, n. 1. Per alcune recenti rilevazioni empiriche che consentono di sfatare molti dei

di condanna biblica, terribile e spietata, al punto da perseguitare, vita natural durante, i giovani italiani, condannati a restare, da adulti e da anziani, esclusi da una condizione di stabilità occupazionale.

Come indicano gli stessi dati INPS (riportati nel grafico che segue), è invece un dato di fatto incontrovertibile la circostanza che la stragrande maggioranza dei nostri giovani fa oggi il suo ingresso nel mercato del lavoro attraverso contratti a contenuto formativo.

#### Contratti di apprendistato, di formazione e lavoro e di inserimento lavorativo: stock mensile



Fonte: elaborazioni Ministero del lavoro su dati INPS

Nel 2004 erano infatti ben 553mila gli apprendisti occupati in aziende artigiane e non, a cui devono essere sommati i 117mila lavoratori con contratti di formazione e lavoro e gli oltre 30mila lavoratori con contratti di inserimento introdotti dalla legge Biagi.

Vero è tuttavia che, in vigenza di un paradigma normativo e concettuale fedele a un modello di organizzazione del lavoro e di produzione di tipo fordista-tayloristico, la formazione e le tipologie contrattuali di ingresso mirato nel mondo del lavoro sono a lungo state uno strumento che ha permesso al mondo delle imprese non solo, e non tanto, di selezionare i soggetti potenzialmente

luoghi comuni sulle collaborazioni coordinate e continuative cfr. CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 2003*, Roma, 11 novembre 2004, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*; ISTAT, *Collaborazioni coordinate e continuative nella rilevazione sulle forze di lavoro*, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 11. Per una sintesi del dibattito dottrinale cfr. P. ICHINO, *Uno sguardo laico sulla legge Biagi*, in *RGL*, 2004, 655. Cfr. altresì G. CANAVESI, *Il contratto di lavoro a progetto. Profili ricostruttivi e spunti sistematici*, in *DLM*, 2004, 217.

più produttivi in contesti organizzativi sostanzialmente statici e poco innovativi, ma anche di beneficiare del minor costo della forza-lavoro in formazione vuoi in funzione della fissazione di salari di ingresso vuoi per il riconoscimento di generosi incentivi economici a fronte di un onere formativo spesso praticamente irrilevante come nel caso dei contratti di formazione e lavoro <sup>(392)</sup>.

Ancora una volta esemplare, al riguardo, è stata l'esperienza dei contratti di formazione (poca) e di lavoro (tanto), così definibili alla stregua di una nota quanto efficace rappresentazione dottrinale <sup>(393)</sup> che ben testimonia l'incapacità del nostro Paese di progettare un reale percorso di formazione in alternanza che non si traduca poi, nella prassi applicativa, in un mero espediente per garantire forza-lavoro eterodiretta a basso costo <sup>(394)</sup>.

È stata l'Unione Europea a porre un drastico limite contro l'abuso di queste forme occulte di aiuto di Stato mascherate da un indebito quanto artificiale richiamo alla formazione dei giovani ponendo nel contempo significative limitazioni all'impiego di finanziamenti pubblici e agevolazioni contributive per soggetti di età superiore a 25 anni (29 se laureati) <sup>(395)</sup>. E questa lezione è stata recepita dal Legislatore italiano, con la riforma Biagi del mercato del lavoro, là dove il contratto di formazione e lavoro viene sostituito da un più agile contratto di inserimento al lavoro, non necessariamente caratterizzato da finalità formative e che riserva l'incentivo economico a una reale condizione (oggettiva o soggettiva) di svantaggio sul mercato del lavoro, per costruire invece attraverso il nuovo contratto di apprendistato il vero e unico canale della alternanza tra formazione e lavoro <sup>(396)</sup>.

È infatti il nuovo contratto di apprendistato il primo gradino di una strategia che, coerentemente (almeno sul piano teorico e in attesa delle necessarie verifiche sul campo) alle indicazioni di Lisbona, intende puntare concretamente – e non solo a parole – sulla idea di una formazione lungo tutto l'arco della vita lavorativa, intesa quale ponte strategico in grado di ricondurre a sistema le politiche della istruzione, quelle della formazione e quelle per la occupazione <sup>(397)</sup>. Ciò ovviamente a condizione che il nuovo contratto di apprendistato non finisca con il replicare la non positiva esperienza del contratto di formazione e lavoro, qualificandosi non tanto per il profilo formativo

<sup>(392)</sup> Sulla degenerazione e il sovraccarico funzionale dei contratti a contenuto formativo cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *La rilevanza della formazione in apprendistato in Europa: problemi e prospettive*, in *DRI*, 1999, 85-89 cui *adde* P.A. VARESI, *Contratti di lavoro con finalità formative*, Franco Angeli, Milano, 2001.

<sup>(393)</sup> Cfr. A. LOFFREDO, *I contratti a finalità formativa: tra un passato incerto ed un futuro difficile*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2004, 489; M. TIRABOSCHI, *L'accordo interconfederale di transizione sui contratti di formazione e lavoro*, in *GL* n. 46/2003, 12.

<sup>(394)</sup> Per uno sviluppo di questa linea di analisi rinvio al mio *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro ecc.*, cit., spec. 191-194.

<sup>(395)</sup> Per la ricostruzione della vicenda dei contratti di formazione e lavoro a seguito dell'intervento della Unione Europea cfr. gli autori richiamati *supra* alla nota 79.

<sup>(396)</sup> Per gli opportuni approfondimenti, che fuoriescono dai limiti del presente lavoro, sia consentito rinviare il lettore al mio *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, cit. In dottrina, oltre al contributo di Pierantonio Varesi che segue, cfr. altresì G. LOY, *I nuovi apprendistati*, cit.; M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 271.

<sup>(397)</sup> Per gli opportuni approfondimenti cfr. ancora A. BULGARELLI, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte e evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, cit. Sulla difficile e tormentata implementazione del nuovo contratto di apprendistato a livello operativo e nell'ambito delle discipline regionali cfr. L. CAROLLO, *La messa a regime del nuovo apprendistato dopo il «pacchetto competitività» (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, cit., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

quanto piuttosto per i soli sgravi contributivi e il ridotto costo del lavoro <sup>(398)</sup>.

#### 4. I ruoli strategici delle Università e delle sedi della alta formazione: il caso italiano nel contesto comunitario e comparato.

Uno dei principali profili di criticità del nostro mercato del lavoro è, in effetti, quello della cronica debolezza dei percorsi formativi <sup>(399)</sup>. Certamente ancora poco o nulla attuato è il principio costituzionale secondo cui la Repubblica «cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori» <sup>(400)</sup>, così come del tutto retorico pare ancora il richiamo – proprio delle fonti comunitarie <sup>(401)</sup> – alla formazione lungo tutto l'arco della vita. Ma altrettanto poco diffusa è, invero, anche la stessa consapevolezza che il dividendo economico e sociale degli investimenti nel campo della istruzione e della formazione professionale risulta particolarmente elevato <sup>(402)</sup>.

Formarsi e istruirsi conviene sia per il singolo sia per la società e l'economia nel suo complesso. Lo dimostrano recenti stime fornite dalle istituzioni comunitarie, che segnalano come l'innalzamento di un anno del livello di istruzione porta a un incremento del tasso di crescita del 5 per cento a breve termine e di un altro 2,5 per cento nel lungo periodo <sup>(403)</sup>. Non solo. Come indicano le recenti rilevazioni ISTAT, pure l'andamento del tasso di disoccupazione e dei tassi di partecipazione attiva al mercato del lavoro è largamente condizionato dai livelli di istruzione <sup>(404)</sup>. E anche a livello di singolo lavoratore, la qualità e la durata dei percorsi di istruzione e formazione incidono in modo determinante sui livelli di reddito percepiti <sup>(405)</sup>.

Una area di particolare criticità è rappresentata, in questa prospettiva, dal segmento universitario e della alta formazione che, pure, gioca un ruolo strategico nell'ambito delle politiche per la competitività, l'innovazione lo sviluppo concordate a Lisbona nel 2000 tra gli Stati membri della Unione Europea <sup>(406)</sup>.

Per le asfittiche economie europee sono infatti l'alta formazione universitaria e l'investimento in capitale umano i veri fattori chiave per affrontare, con una qualche possibilità di successo, una

<sup>(398)</sup> Un giudizio aprioristicamente negativo sul nuovo contratto di apprendistato è in G. BRUNELLO, A. TOPO, *Apprendisti nel tempo*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), dell'11 ottobre 2004, secondo cui «le regole nel nostro paese non forniscono alle parti incentivi adeguati a svolgere un investimento formativo di tipo sostanziale».

<sup>(399)</sup> Cfr. A. BULGARELLI, L. PALOMBA, *Istruzione e formazione per promuovere l'occupabilità e la competitività*, in *Annali dell'Istruzione*, Le Monnier, Firenze, 2004.

<sup>(400)</sup> Art. 37, comma 2, Cost. sui cui il contributo di Mario Rusciano che segue.

<sup>(401)</sup> Cfr. Consiglio dell'Unione Europea, *Risoluzione sull'apprendimento permanente*, 2002/C 163/01, vedila anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), Indice A-Z, alla voce Formazione.

<sup>(402)</sup> Cfr. CNEL, *Educazione e formazione – Osservazioni e proposte*, cit. e anche OECD, *Education at a Glance: OECD Indicators – 2005 Edition*, Paris. In dottrina cfr. l'accurata analisi di D. CHECCHI, *Scelte di scolarizzazione ed effetti sul mercato del lavoro*, cit., § 1.3.

<sup>(403)</sup> CNEL, *Educazione e formazione – Osservazioni e proposte*, cit.

<sup>(404)</sup> Istat, *Rilevazioni sulla forza lavoro. Il trimestre 2005*, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 33.

<sup>(405)</sup> Ancora CNEL, *Educazione e formazione – Osservazioni e proposte*, cit. In dottrina cfr. A. BULGARELLI, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte ed evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, in P. Olivelli, M. Tiraboschi (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 569 - 583.

<sup>(406)</sup> Commissione Europea, *Il ruolo delle università nell'Europa della conoscenza*, COM(2003) 58 def., in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce Università, Scuola, Mercato del lavoro.

competizione internazionale giocata dai nostri principali competitori sui ridotti costi del lavoro e sul possesso di materie prime.

Lo aveva già sottolineato con vigore il Presidente della Commissione Europea, José Manuel Barroso, nella sessione plenaria del Parlamento Europeo del marzo 2005 <sup>(407)</sup>, allorché si trattò di prendere atto del fallimentare bilancio di medio termine della Strategia di Lisbona <sup>(408)</sup>. Lo ha ribadito, più recentemente, anche la Commissione Europea – in una comunicazione dall’emblematico titolo «*Mobilizzare i cervelli d’Europa*» – che non esita a denunciare come l’area dell’alta formazione e della ricerca rimanga ancora una delle più critiche e trascurate <sup>(409)</sup> in una Europa che pure ambisce a diventare entro il 2010, come enfaticamente enunciato a Lisbona, l’economia più dinamica e competitiva basata sulla conoscenza <sup>(410)</sup>.

Ancora abissale è, infatti, la distanza che si registra tra il consenso sulla necessità di investire di più, e soprattutto con maggiore efficacia, sul capitale umano e quella che poi è la realtà di tutti i giorni. Ciò vale indubbiamente per tutta l’Europa, almeno quella continentale. Una Europa in cui, per ricordare solo i più evidenti ritardi rispetto alle altre economie <sup>(411)</sup>, la percentuale di giovani tra i 18 e i 24 anni che sono inseriti in percorsi di alta formazione non supera il 25 per cento contro il 37,7 per cento degli Stati Uniti. E dove la percentuale di popolazione tra i 25 e i 64 anni con alle spalle percorsi di alta formazione è pari appena al 21 per cento contro il 43 per cento del Canada, il 38 per cento degli Stati Uniti, il 36 per cento del Giappone e il 26 per cento della Corea del Sud. Ma ancor di più lo è per l’Italia, dove i tassi di dispersione scolastica, i livelli di partecipazione ai percorsi formativi e alla istruzione terziaria, l’investimento pubblico e privato in formazione ed educazione, la formazione lungo tutto l’arco della vita sono tra i più bassi d’Europa <sup>(412)</sup>. Al nostro livello si collocano solo Grecia e Portogallo.

Vari sono, in ogni caso, i fattori che rendono particolarmente critico l’investimento in alta formazione in Europa. Certamente di tipo culturale e di mentalità. Ma molto dipende anche dai finanziamenti e dalla tipologia delle nostre università, soffocate da un quadro regolatorio fortemente centralizzato e da una visione pubblicistica della formazione e dei relativi sostegni economici e finanziari. Secondo la Commissione Europea, per eguagliare la spesa complessiva degli Stati Uniti a favore della istruzione superiore l’Europa dovrebbe spendere ogni anno 150 miliardi di euro in più. È la carenza di finanziamenti e strutture che incide infatti sul rendimento delle Università e

<sup>(407)</sup> Cfr. J. M. BARROSO, *Growth and jobs: a new start for the Lisbon strategy*, 9 marzo 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 9.

<sup>(408)</sup> Cfr. altresì le Conclusioni del Consiglio Europeo di Stoccolma del 23 – 24 marzo 2001, e in particolare la *Relazione della Commissione sugli obiettivi concreti futuri dei sistemi di istruzione e di formazione* adottata dal Consiglio Istruzione il 12 febbraio 2001, in Bollettino UE 3-2001.

<sup>(409)</sup> Sulla crisi del sistema universitario europeo cfr. l’accurata indagine condotta da Adrian Wooldridge per *The Economist* dell’8 settembre 2005.

<sup>(410)</sup> Cfr. anche per ulteriori dati ed elementi, Commissione Europea, *Mobilising the brainpower of Europe: enabling universities to make their full contribution to the Lisbon Strategy*, COM(2005) 152 final del 20 aprile 2005, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*.

<sup>(411)</sup> Per una analisi di dettaglio cfr. Commissione Europea, *Annex to Mobilising the brainpower of Europe: enabling universities to make their full contribution to the Lisbon Strategy – European Higher Education in a Worldwide Perspective*, COM(2005) 152 final del 20 aprile 2005, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*.

<sup>(412)</sup> Cfr. Cfr. N. BOTTANI, A. TOMEI, *Com’è la transizione dalla scuola al lavoro in Italia*, cit.

dei centri europei di alta formazione nella ricerca di livello mondiale, con quote inferiori rispetto agli Stati Uniti di pubblicazioni scientifiche, brevetti e premi Nobel. Il vero problema è che l'istruzione terziaria europea continua a fare affidamento quasi esclusivamente su fondi pubblici <sup>(413)</sup>, che sono sempre più limitati, mentre nei paesi concorrenti uno sviluppo più vigoroso e durevole è stato consentito da una maggiore varietà di fonti di finanziamento, con contributi molto più elevati da parte delle imprese e dei privati <sup>(414)</sup>.

Il tema è stato recentemente affrontato dalla Commissione Europea che ha indicato tre precise linee di intervento per avviare un reale processo di riforma delle Università e delle strutture di alta formazione: 1) innalzarne la qualità e renderle più attraenti per giovani e anche per i docenti e i ricercatori di ogni parte del mondo; 2) migliorarne la governance e i sistemi di gestione anche attraverso l'utilizzo di pratiche di tipo manageriale; 3) accrescerne e diversificarne i finanziamenti (con o senza un sostanziale contributo degli studenti) <sup>(415)</sup>.

Rispetto a questi obiettivi la posizione dell'Italia non è certo una delle più positive. Se vogliono stare al passo dell'Europa le Università italiane devono bruscamente accelerare i processi volti a rafforzare la coerenza tra formazione erogata e fabbisogni del mercato del lavoro. E questo anche attraverso una rinnovata competizione tra gli Atenei, basata sulla capacità di creare centri di eccellenza e di attrarre i migliori studenti e docenti – anche di altri Paesi, cosa che ora succede raramente – in ragione della qualità del servizio offerto e del prestigio che saprà conquistarsi sul campo il singolo ateneo <sup>(416)</sup>. Da valutare attentamente, in una prospettiva di maggiore e autentica competizione tra gli atenei, è la proposta – su cui torneremo nelle note conclusive di questa riflessione – di eliminare il valore legale dei titoli di studio universitari.

Vero è, in ogni caso, che a una migliore capacità di ricerca dei singoli Atenei non può che corrispondere un incremento delle opportunità di attrarre finanziamenti (pubblici ma anche e soprattutto privati) a tutto vantaggio della qualità dell'offerta formativa e della selezione del corpo docente.

## 5. Le criticità del caso italiano e le proposte di riforma contenute nel Libro Bianco sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001.

Certamente qualcosa è stato fatto in questa direzione. Esattamente undici anni fa, nel protocollo Giugni del 23 luglio 1993 <sup>(417)</sup>, Governo e parti sociali si erano proposti di valorizzare l'autonomia delle Università. L'obiettivo, già allora nitidamente individuato, era quello di contribuire ad allargare e migliorare l'offerta formativa post-diploma e post-laurea, nella convinzione che solo un più

---

<sup>(413)</sup> G. PSACHAROPOULOS, *Public versus private University systems*, in *Journal of Institutional Comparison*, n. 4/2004, 3-7 e anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*.

<sup>(414)</sup> Commissione Europea, *Mobilising the brainpower of Europe ecc.*, cit. cui *adde* G. PSACHAROPOULOS, *Public versus private University systems*, cit.

<sup>(415)</sup> Ancora Commissione Europea, *Mobilising the Brainpower of Europe ecc.*, cit.

<sup>(416)</sup> Largamente condivisibili le proposte contenute in S. GAGLIARDUCCI, A. ICHINO, G. PERI, R. PEROTTI, *Lo splendido isolamento dell'Università italiana*, relazione presentata al convegno *Oltre il declino*, Fondazione Rodolfo De Benedetti, Roma, 3 febbraio 2005, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*.

<sup>(417)</sup> Vedilo in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Concertazione*.

stretto rapporto tra Università e mercato del lavoro avrebbe potuto rilanciare efficacemente una politica di qualificazione e formazione delle risorse umane coerente con le esigenze delle attività produttive e i processi di sviluppo delle piccole e medie imprese. Ma poi non se ne fece nulla <sup>(418)</sup>. Si è così dovuto aspettare il Patto di Natale del 22 dicembre 1998 <sup>(419)</sup> per delineare le attuali linee della riforma del sistema di formazione universitaria. È in questo accordo, che apre la strada alla autonomia degli Atenei, che si definiscono per la prima volta precisi strumenti volti a elevare la partecipazione alla istruzione universitaria, contenere la durata dei corsi di diploma e di laurea, contrastare l'alto tasso di dispersione, aprire l'Università al territorio assicurando la coerenza dei corsi di studio con le esigenze di nuove professionalità emergenti dal tessuto economico-produttivo e sociale del Paese <sup>(420)</sup>.

La riforma dei cicli universitari, con l'introduzione delle lauree triennali, ha indubbiamente comportato un significativo aumento delle immatricolazioni, contrastando in questo modo una tendenza, manifestatasi chiaramente nella seconda metà degli anni Novanta, che vedeva i giovani diplomati poco propensi a proseguire gli studi e iscriversi all'Università. Ma questo non ha comportato miglioramenti di rilievo nella transizione dalla Università al lavoro se è vero che viene confermata la tendenza del nostro sistema universitario a caratterizzarsi per un maggior numero di lauree lunghe rispetto a quelle brevi, posticipando così l'età di ingresso nel mercato del lavoro <sup>(421)</sup>. Oltre l'80 per cento degli studenti che ottengono una laurea triennale proseguono infatti nella laurea specialistica <sup>(422)</sup>, tradendo così l'obiettivo principale della riforma che era quello di accorciare i tempi di transizione verso il mercato del lavoro. Colpa questa anche della mancata riforma delle professioni, che rende di fatto e spesso anche giuridicamente non utilizzabili i percorsi formativi e didattici offerti con le lauree triennali. Senza peraltro dimenticare che le recenti trasformazioni dell'economia rendono oggi spesso più appetibili per le imprese, soprattutto per quelle che operano nel settore terziario e dei servizi, i giovani diplomati rispetto ai laureati <sup>(423)</sup>.

L'attuale sistema non pare insomma in grado di rispondere a una domanda cruciale, quanto raramente presa in considerazione dagli organi competenti al livello nazionale e a livello di singolo ateneo: quale sbocco professionale realistico e certo viene cioè garantito da una laurea triennale sia essa in giurisprudenza o in ingegneria, per fare solo qualche esempio.

L'autonomia delle Università – non solo didattica, ma anche statutaria e finanziaria – ha costituito indubbiamente una tappa decisiva nella prospettiva di una reale integrazione tra percorsi di for-

---

<sup>(418)</sup> Sul punto cfr. M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel doporiforma: verso la piena occupabilità?*, cit., spec. 19-20.

<sup>(419)</sup> Vedilo in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Concertazione*.

<sup>(420)</sup> Ancora M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel doporiforma ecc.*, cit.

<sup>(421)</sup> Per alcune valutazioni critiche sui percorsi di laurea triennali cfr. ora P. Tosi, *Relazione sullo stato delle Università italiane 2005*, cit., spec. 6-7.

<sup>(422)</sup> Cfr. i dati contenuti in ALMALAUREA, *Condizione occupazionale dei laureati, 7ª Indagine – 2004*, cit. su cui si vedano le riflessioni di G. CAZZOLA, *Il placement dei neo-laureati secondo le più importanti indagini delle forze di lavoro*, cit.

<sup>(423)</sup> Per un accurato studio delle cause che incidono sul declino nella domanda di laureati cfr., nella letteratura internazionale, H. HARA, *Labor Demand for New High School Graduates in Japan*, in *Japan Labor Review*, n. 3/2003, 49-72.

mazione universitaria e politiche del lavoro. Ma essa è insufficiente se non si creano, parallelamente, le condizioni per avvicinare nell'esperienza quotidiana i singoli Atenei al mondo delle imprese e al territorio circostante <sup>(424)</sup>.

L'attuale sistema di finanziamento delle Università italiane non solo non garantisce una formazione di particolare qualità ma, nel suo farisaico egualitarismo, è anche iniquo perché non dà luogo a una effettiva mobilità sociale <sup>(425)</sup>. Occorre riflettere con attenzione sulla proposta di liberalizzare le tasse universitarie e al tempo stesso varare programmi finanziari su larga scala – anche mediante partnership con associazioni di rappresentanza del mondo produttivo, banche, imprese, fondazioni e altri soggetti privati – per sostenere, con premi, prestiti e borse di studio, gli studenti meritevoli e bisognosi.

È infatti convinzione diffusa che il sistema universitario italiano necessiti di maggiore finanziamento pubblico per conseguire gli ambiziosi obiettivi della società attiva e dell'investimento in capitale umano. Ma questo non è necessariamente vero, soprattutto se si considera il modo clientelare con cui vengono il più delle volte utilizzati i fondi pubblici destinati agli Atenei <sup>(426)</sup>.

Certamente il finanziamento pubblico rimane fondamentale per una ricerca libera e autonoma. E nessuno immagina di trasformare l'alta formazione e l'educazione superiore in un mercato qualsiasi come tale sottoposto unicamente alle regole della libera concorrenza. È altrettanto vero tuttavia che gli Atenei devono accettare fino in fondo la strada della competizione, giocata essenzialmente sulla reputazione e sulla qualità dei docenti e della ricerca <sup>(427)</sup>, e aprirsi, in un quadro certo di regole, al mercato.

L'autoreferenzialità del corpo docente è il vero problema dell'Università italiana, come ha efficacemente evidenziato il Rapporto congiunto sulla occupazione del Consiglio e della Commissione 2004/2005 <sup>(428)</sup>, là dove accusa senza mezzi termini il sistema universitario italiano di progettare e attuare percorsi formativi pensati non in funzione delle esigenze delle imprese e del territorio ma della sola capacità formativa dei singoli docenti.

La differenza con un sistema di eccellenza come quello americano, in effetti, non sta tanto nella quota di finanziamento dello Stato, ma piuttosto nel finanziamento privato e cioè nella capacità dei docenti e delle amministrazioni universitarie di attrarre ingenti risorse private da orientare sulla ricerca.

È per questa ragione che il *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 sul mercato del lavoro <sup>(429)</sup> sollecitava

<sup>(424)</sup> Ancora M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel doporiforma ecc.*, cit.

<sup>(425)</sup> Si vedano anche i dati statistici pubblicati dal Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario, istituito presso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, nel *Sesto rapporto sullo stato del sistema universitario*. Il Rapporto è consultabile in *Boll. Adapt*, 2005, n. 31.

<sup>(426)</sup> Per alcune note critiche pacate e largamente condivisibili cfr. M. LIPPI, P. REICHLIN, *Critiche fuori bersaglio*, in *www.lavoce.info*, del 29 gennaio 2004.

<sup>(427)</sup> A. MAS-COLELL, *La riforma necessaria*, in *www.lavoce.info*, del 29 gennaio 2004.

<sup>(428)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, COM(2005) 13 final, *Draft Joint Employment Report 2004/2005*, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 5.

<sup>(429)</sup> Vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Politiche per l'occupazione*.



una nuova stagione di patti locali per l'occupabilità, mediante il raccordo tra istruzione, formazione e mercato del lavoro, assegnando agli atenei un ruolo di regia e di motore dell'innovazione e di sviluppo del territorio <sup>(430)</sup>. E sempre per questa ragione il *Libro Bianco* invitava le scuole e soprattutto le Università a compiere uno sforzo straordinario per assicurare a tutti i propri studenti una occasione di occupabilità, realizzando una insostituibile funzione. Quella appunto di facilitare la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro <sup>(431)</sup>.

## 6. Il raccordo tra percorsi scolastici e universitari e mercato del lavoro nella legge n. 30 del 2003 e nel decreto legislativo n. 276 del 2003.

Proprio per agevolare la nuova funzione di orientamento al lavoro e un più stretto raccordo con il mondo delle imprese – evitando le solite intese concertative tanto ricche di premesse e buoni propositi quanto poi di difficile attuazione concreta <sup>(432)</sup> – la riforma Biagi affida oggi alle scuole, alle Fondazioni universitarie e, soprattutto, alle Università italiane tre compiti centrali: 1) l'apprendistato di alta formazione; 2) il *placement* e segnatamente il collocamento sul mercato del lavoro dei propri studenti; 3) la certificazione dei contratti di lavoro <sup>(433)</sup>.

Con riferimento al tema della transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro il decreto legislativo n. 276 del 2003 adotta dunque una impostazione di tipo istituzionale, volta cioè a consolidare e sviluppare le prime positive esperienze di inserimento nel mondo del lavoro avviate attraverso lo strumento dei tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge n. 196 del 1997 <sup>(434)</sup>. Una prospettiva di sostegno alla occupazione giovanile mediante il coinvolgimento attivo delle strutture educative e formative che, dunque, nulla ha a che vedere, nonostante le critiche mosse da una parte della dottrina <sup>(435)</sup>, con le politiche di deregolazione dei mercati del lavoro. Tanto è vero la riforma cerca di incidere, allo stesso tempo, sugli abusi nell'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative che hanno sino ad oggi rappresentato uno dei principali canali di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. La disciplina del lavoro c.d. a progetto è in effetti, almeno secondo le intenzioni dichiarate del Legislatore <sup>(436)</sup>, espressione

<sup>(430)</sup> In questo senso si esperire testualmente anche il patto modenese per l'occupabilità dell'8 aprile 2002. Vedilo in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), alla voce *Mercato del Lavoro* dell'Indice A-Z. Sul punto cfr. il contributo di Paola Gelmini Reggiani che segue.

<sup>(431)</sup> In questa prospettiva, volta inquadrare il problema della occupazione giovanile sul versante della «occupabilità» e non della «precarietà» causata da una presunta deregolazione del quadro normativo di riferimento, cfr. M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel dopo-riforma ecc.*, cit.

<sup>(432)</sup> Nel campo della occupabilità e del raccordo tra scuola, università e mercato del lavoro la prassi è in effetti ricca di intese concertative che, in più delle volte, si traducono in una mera elencazione di premesse e buoni propositi senza tuttavia alcun impatto concreto nei territori di riferimento. In generale soltanto gli accordi quadro per la organizzazione e realizzazione di tirocini formativi e di orientamento paiono produrre qualche risultato pratico. Per una rassegna dei principali accordi cfr. I. SENATORI, in *Boll. ADAPT*, 2005.

<sup>(433)</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, in *DRI*, 2004, 98-112.

<sup>(434)</sup> Cfr. M. BIAGI (a cura di), *Università e orientamento al lavoro nel dopo-riforma: verso la piena occupabilità?* in *DRI*, 2002, 343-356, anche in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*. Cfr. anche, sulle esperienze pilota, la relazione di monitoraggio delle esperienze di tirocinio dell'ateneo modenese, sempre in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*.

<sup>(435)</sup> *Supra*, § 1.

<sup>(436)</sup> Cfr., in questa prospettiva, la circolare ministeriale n. 1 dell'8 gennaio 2004 in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*.

di una operazione di politica legislativa volta a far transitare quanti più rapporti possibili, e secondo una certa gradualità temporale <sup>(437)</sup>, dall'incerta area del lavoro c.d. «grigio» e «atipico» agli schemi del lavoro dipendente, ora opportunamente ampliati e diversificati in funzione di questo obiettivo di sostanziale rimodulazione delle tutele verso forme di flessibilità regolata e – sindacalmente – controllata accompagnando in questo modo le misure di occupabilità con interventi volti a garantire anche la adattabilità di lavoratori e imprese <sup>(438)</sup>.

In questa prospettiva si spiega, in primo luogo, l'ambiziosa riforma del sistema dell'apprendistato e dei contratti a contenuto formativo <sup>(439)</sup>, con l'obiettivo di offrire: i) ai giovanissimi che non proseguono gli studi dopo l'obbligo scolastico, l'opportunità di inserirsi in un canale professionale a forte valenza formativa che permetta l'acquisizione della qualifica professionale e il conseguimento del diritto-dovere all'istruzione per 12 anni e la possibilità di rientrare nel sistema dell'istruzione; ii) ai giovani già in possesso dell'obbligo formativo, canali di lavoro e di apprendimento attraverso l'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione per l'acquisizione di un diploma o di un titolo di studio universitario e post-universitario.

In particolare, il contratto di apprendistato per acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione <sup>(440)</sup>, cui si riferisce la sperimentazione in atto tra Ministero del lavoro e alcune Regioni <sup>(441)</sup> è caratterizzato da un nuovo, e più moderno, approccio con l'attività formativa. L'apprendista infatti potrà ottenere la qualifica individuata nel progetto formativo individuale non solo attraverso la formazione esterna all'azienda, elemento essenziale nella prospettiva dell'apprendistato previgente, bensì anche attraverso una formazione svolta all'interno del luogo di lavoro. Affinché questo avvenga è previsto un forte raccordo tra l'Università e l'azienda. Inoltre, affinché la formazione svolta possa essere adeguatamente verificata, riconosciuta e successivamente certificata sarà in ogni caso necessario un soggetto terzo – identificabile, in questo contesto, con l'Università o la Scuola – che verifichi l'effettiva formazione svolta e le capacità acquisite dall'apprendista.

In un percorso formativo che mira alla acquisizione di una qualifica di alto livello, sembra sempre più opportuno un legame stretto con il contesto lavorativo, affinché la formazione svolta adempia efficacemente alla finalità perseguita: la creazione di figure professionali effettivamente richieste dal mondo delle imprese.

<sup>(437)</sup> Cfr. l'art. 86, comma 1, che disciplina il regime transitorio. Cfr. anche i contributi raccolti nella Parte III del presente volume.

<sup>(438)</sup> Per questa proposta di lettura della disciplina del lavoro a progetto rinvio al mio *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro – Prime interpretazioni e proposte del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Giuffrè, Milano, 2004, 191 ss, cui adde M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005.

<sup>(439)</sup> Cfr. il contributo di Pietro Antonio Varesi che segue.

<sup>(440)</sup> Cfr. il contributo di Maurizio Pozzi che segue. In dottrina cfr F. BIANCHI, M. TRENTINI, *La riforma del contratto di apprendistato in Italia: alcune valutazioni preliminari*, DRI, n. 1, 2004; P. A. VARESI, *Principi, criteri e linee guida per la costruzione del nuovo apprendistato*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, IPSOA, 2004; M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004; L. MENGhini, *Apprendistato*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGhini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsa, 2004; F. GUARIELLO, *Apprendistato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma.

<sup>(441)</sup> La sperimentazione è monitorata da una cabina di regia istituita con DM del 12 luglio 2005.

Con la messa a regime della riforma sarà possibile costruire percorsi unitari in cui la componente formale dell'apprendimento sia integrata a quella non formale. Percorsi in cui l'impresa svolga un ruolo formativo in modo progettato e consapevole e l'apprendista capitalizzi ogni aspetto del sapere acquisito e partecipato per una professionalità compiuta.

I percorsi secondari e universitari e le fasi di transizione alla vita attiva si sono in questo modo arricchiti di periodi di apprendimento in impresa attraverso l'implementazione di percorsi innovativi a cui si affianca l'esperienza, ormai pluriennale, dei tirocini formativi e di orientamento.

Il monitoraggio avviato negli ultimi tre anni mostra un fenomeno in sviluppo e di crescita delle imprese ospitanti studenti e giovani in formazione <sup>(442)</sup>.

Le Università pubbliche e private e le fondazioni universitarie, che abbiano ad oggetto l'alta formazione e impegnate nelle problematiche del mercato del lavoro, sono inoltre autorizzate *ope legis* a svolgere l'attività di intermediazione <sup>(443)</sup>. In questo senso, come esplicitato dal decreto ministeriale 23 dicembre 2003 <sup>(444)</sup>, esse non necessitano di provvedimento autorizzatorio, ma devono semplicemente rispettare gli obblighi di svolgere tale attività senza scopo di lucro, di garantire l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro e inviare le informazioni relative al funzionamento del mercato del lavoro all'autorità competente.

Sulla opportunità di attribuire alle Università la facoltà di svolgere l'attività di intermediazione, alcuni osservatori hanno criticato – in generale – la scelta di ampliare ad altri soggetti, che non fossero le agenzie per il lavoro, la possibilità di svolgere l'attività di intermediazione o altre attività all'interno del mercato del lavoro. La ragione che ha spinto il legislatore verso questa scelta, è la convinzione che l'ampliamento del numero degli intermediari e delle possibilità di incontro tra domanda e offerta di lavoro non possano che portare benefici al mercato, favorendo in particolare anche un miglioramento della qualità del *matching* tra domanda e offerta che, in talune circostanze, non sembra particolarmente elevata, anche a causa della scarsa trasparenza del mercato come dimostra appunto il fatto che le Università, ma anche gli stessi professori universitari, hanno spesso svolto nel passato un ruolo analogo a quello del collocamento <sup>(445)</sup>.

Si è pertanto ritenuto senz'altro più opportuno far rientrare questi fenomeni, che si sviluppano di fatto e spesso in forme poco o per nulla trasparenti, all'interno di un contesto regolato e collegato al mercato del lavoro, mediante l'obbligo stringente di interconnessione alla borsa continua nazionale del lavoro, piuttosto che lasciarli a se stessi in un regime di formale divieto. Questo aspetto ha una duplicità di conseguenze: da un lato consente appunto una regolazione del fenomeno; dall'altro lato permette di contribuire all'obiettivo di una maggiore trasparenza del mercato del lavoro attraverso l'immissione di informazioni, in base all'obbligo dell'interconnessione

---

<sup>(442)</sup> L'11 per cento delle imprese e il 53,4 per cento di quelle con più di 250 dipendenti secondo gli ultimi dati dell'indagine Excelsior riferiti al 2003.

<sup>(443)</sup> Cfr. i contributi di G. CAZZOLA, C. ENRICO, P. OLIVELLI, G. PELLACANI che seguono.

<sup>(444)</sup> Vedilo all'indirizzo [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*.

<sup>(445)</sup> Sul punto rinvio a S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazioni e autorizzazioni regionali*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 127.

alla borsa continua nazionale del lavoro a cui sono tenute le Università e le fondazioni universitarie autorizzate.

È peraltro evidente che il riconoscimento di una autorizzazione *ope legis* alle Università non risponde solo a una logica di regolazione di un fenomeno da tempo in atto. L'obiettivo è ben più ambizioso e intende fare delle Università e delle fondazioni universitarie uno dei motori del cambiamento del nuovo mercato del lavoro. Nel decreto di attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30, proprio il sistema di istruzione universitaria rappresenta infatti, assieme al nuovo contratto di apprendistato, il principale canale di sviluppo e valorizzazione delle risorse umane <sup>(446)</sup>; un canale attraverso cui avvicinare, grazie a investimenti in ricerca e innovazione, le *performances* del nostro sistema economico-produttivo a quelle degli altri Paesi europei. E non poteva essere diversamente, in una Europa che, da Lisbona in poi, dichiara di voler diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo.

A differenza delle Università il riconoscimento alle scuole di competenze in materia di *placement* è subordinato ad apposito procedimento di autorizzazione da disciplinare mediante leggi regionali <sup>(447)</sup>, in modo da garantire le necessarie logiche di sistema nel governo attivo del territorio. La finalità rimane tuttavia identica e consiste nell'assegnare alle scuole importanti funzioni di orientamento e accompagnamento in uscita, vuoi nei percorsi universitari vuoi direttamente nel mercato del lavoro.

La riforma Biagi contempla, infine, le commissioni istituite presso le Università pubbliche e private e le Fondazioni universitarie tra gli organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro <sup>(448)</sup>. Attività questa di particolare importanza, in un mercato del lavoro come quello italiano caratterizzato per un massiccio utilizzo di contratti di lavoro irregolari e di rapporti sommersi e in grigio.

Le competenze in materia di certificazione non vengono in questo caso attribuite, di per sé, alle singole Università, ma a docenti di diritto del lavoro a tempo pieno che svolgono, in regime di convenzione con soggetti privati, attività di consulenza e assistenza *intra moenia*. Non si tratta dunque di una abilitazione *tout court* ma, ai fini della efficacia giuridica della certificazione, circoscritta alle sole attività oggetto di specifica convenzione in conto terzi. In questo senso dispone espressamente l'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, là dove precisa che le sedi universitarie possono essere abilitate «esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382».

La sede di certificazione sarà pertanto operativa in funzione di specifiche convenzioni di collaborazione e consulenza in conto terzi debitamente firmate dal Rettore di Ateneo, dal Preside di Facoltà, dal Direttore di Dipartimento o Istituto ai sensi della organizzazione interna di ciascuna

<sup>(446)</sup> In dottrina cfr. L. ZOPPOLI, *Università e mercato del lavoro*, in *DRI*, 2004, 98-112; A. BULGARELLI, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte ed evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, cit.

<sup>(447)</sup> Si vedano, al riguardo: l'articolo 6 della Legge regionale Friuli Venezia Giulia n. 18 del 9 agosto 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 30, e l'articolo 11 della Legge regionale Marche n. 2 del 25 gennaio 2005, consultabile in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 2.

<sup>(448)</sup> Cfr. i contributi di E. GHERA, M. MAGNANI E S. MAGRINI che seguono. In dottrina cfr. L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2005.

Università. Questo comporta che, nel promuovere la costituzione di una sede di certificazione universitaria, il singolo docente si impegna ad attirare verso la propria struttura universitaria importanti finanziamenti privati, che potranno poi consentire di trattenere giovani studiosi e di indirizzare la ricerca anche verso quei settori che sempre più raramente beneficiano di adeguati finanziamenti da parte del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e delle Ricerche <sup>(449)</sup>. Nell'ambito dei regimi convenzionali una quota rilevante degli introiti viene infatti trattenuta dalle strutture universitarie e di dipartimento, per la copertura di costi generali e anche per finanziare assegni di ricerca e l'attività del personale amministrativo.

Ma vi è anche una ulteriore motivazione che ha spinto il legislatore a investire sulle sedi di certificazione universitaria. Se, infatti, la competenza delle altre sedi di certificazione (direzioni provinciali del lavoro, sedi provinciali ed enti bilaterali) sembra essere limitata alla applicazione dei criteri e indici forniti sotto forma di codici e formulari dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali ai fini della qualificazione dei contratti di lavoro, più peculiare e, se vogliamo, sistematico appare il contributo offerto dalle commissioni istituite presso le Università, le cui indicazioni costituiranno certamente – per la particolare competenza e/o autorevolezza che caratterizza, o dovrebbe caratterizzare, i suoi componenti – un puntuale e affidabile punto di riferimento per tutte le altre sedi, in merito alla corretta interpretazione degli orientamenti giurisprudenziali e dunque alla formazione di indirizzi unitari, nonché un importante ausilio al corretto funzionamento dell'istituto <sup>(450)</sup>. Infatti, come puntualmente precisato dall'articolo 4 del decreto ministeriale 14 giugno 2004, il Ministero del lavoro detiene e cataloga gli studi ed elaborati prodotti dalle commissioni universitarie ai fini della iscrizione all'apposito Albo che consente lo svolgimento della attività di certificazione stessa, non solo garantendone a tutti la accessibilità a fini di studio e ricerca, ma anche e soprattutto per la definizione dei codici di buone pratiche e indici presuntivi in tema di qualificazione dei contratti di lavoro e dei contratti di appalto.

## 7. Note conclusive.

È attraverso questi strumenti che pare davvero possibile fare del sistema universitario – come da tempo enfaticamente enunciato in alcuni patti locali <sup>(451)</sup> – il segmento strategico di una ben più complessa e articolata rete di relazioni giuridico-istituzionali che, sotto l'insegna della occupabilità, si propone l'obiettivo di un reale dialogo tra sedi della istruzione e della formazione professionale, amministrazioni periferiche dello Stato, organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori e sistema economico e produttivo locale.

Senza la creazione e la messa a sistema di quella indispensabile rete di relazioni formali e informali

---

<sup>(449)</sup> Queste considerazioni mi pare possano bilanciare i rilievi critici formulati da L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, cit., 106-112, che infatti non tengono conto del meccanismo delle convenzioni in conto terzi e del relativo finanziamento alle sedi universitarie.

<sup>(450)</sup> Sul punto rinvio al mio *Le sedi universitarie* in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2005. *Contra*: L. ZOPPOLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(451)</sup> Cfr., tra i tanti, il *Patto modenese sulla occupabilità* dell'8 aprile 2002, vedilo in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, Mercato del lavoro*.

(<sup>452</sup>) e di rapporti fiduciari, basati sulla reciprocità e sullo sviluppo di adeguati canali di informazione e comunicazione tra i diversi attori presenti in un determinato contesto, che chiamiamo «capitale sociale» (<sup>453</sup>) e che favoriscono l'azione collettiva in una logica di sistema, il richiamo al «capitale umano» (e cioè alle risorse che derivano dalla specifiche competenze professionali e abilità di chi si offre sul mercato del lavoro) rischia in effetti di essere puramente retorico in quanto privo dei necessari canali per la sua effettiva valorizzazione (<sup>454</sup>). Ciò appare ancor più vero – come bene dimostra l'esperienza comparata – là dove manchino appropriati canali istituzionali e percorsi strutturati di inserimento e/o accompagnamento nel mercato del lavoro.

Emblematico, a questo proposito, appare il caso giapponese, rispetto al quale collaudate forme istituzionali e formali di costruzione di capitale sociale e relazioni fiduciarie con il mondo delle imprese – come ad esempio servizi di *placement* o *liaison office* strutturati nelle sedi scolastiche e universitarie – garantiscono da tempo, e pure in assenza di uno specifico quadro regolatorio, migliori e più efficaci prospettive di ingresso stabile nel mercato del lavoro rispetto a quelle esperienze in cui l'accesso al mercato del lavoro è governato unicamente – e debolmente – da reti di relazioni informali e amicali (<sup>455</sup>).

Nelle economie contemporanee, frenetiche e fortemente instabili, si consuma in effetti molto capitale sociale, e spesso mancano istituzioni od organi che si facciano carico della sua produzione e riproduzione o che siano in grado di farlo in contesti che richiedono una forte internazionalizzazione. Le sedi universitarie e dell'alta formazione – e in parte anche le istituzioni scolastiche – possono ricoprire questo ruolo, agevolando la coesione sociale in un determinato territorio e la creazione di solide reti relazionali e cooperative a sostegno dello sviluppo economico e sociale.

Significativa, a questo proposito, è la posizione recentemente assunta dal CNEL, là dove rileva che le nostre Università devono assumere il ruolo di volano dello sviluppo a livello territoriale, rafforzando le alleanze strategiche con le istituzioni e le parti sociali soprattutto in materia di governance dei sistemi locali (<sup>456</sup>).

L'obiettivo della creazione di capitale umano impone, in altri termini, che Scuola, Università, for-

(<sup>452</sup>) Sulla rilevanza della distinzione tra istituzioni formali, che assumono rilevanza per il diritto, e istituzioni informali, che consistono nelle modalità concrete di operatività delle regole giuridiche in un dato contesto socio-economico, cfr. lo studio di D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, il Mulino, Bologna, 1994.

(<sup>453</sup>) Cfr. il classico studio di J. S. COLEMAN, *Social Capital in the Creation of Human Capital*, in *American Journal of Sociology*, 1988, 94, S95 e ss. cui *adde*, più recentemente e nella letteratura italiana, A. BAGNASCO, F. PISELLI, A. PIZZORNO, C. TRIGILIA, *Il capitale sociale. Istruzioni per l'uso*, il Mulino, Bologna, 2001.

(<sup>454</sup>) Uno dei rari tentativi di analisi dei rapporti tra capitale sociale e percorsi di ingresso nel mercato del lavoro è in S. E. SEIBERT, M. L. KRAIMER, R. C. LIDEN, *A Social Capital Theory of Career Success*, in *Academy of Management Journal*, 2001, anche in [www.csmb.unimore.it](http://www.csmb.unimore.it), indice A-Z, voce *Capitale sociale* voce manca nell'Indice!

(<sup>455</sup>) Cfr. M.C. BRINTON, *Social capital in the Japanese Youth Labor Market: Labor Market Policy, Schools and Norms*, in *Policy Sciences*, n. 33/2000, 289-306; N. Mitani, *The Japanese Employment System and Youth Labour Market*, in OECD, *Preparing Youth for the 21<sup>st</sup> Century – The Transition from Education to the labour Market*, cit., spec. 308-310; M. TIRABOSCHI, *Alcune considerazioni attorno al Japanese Employment System*, in *DRI*, 1993, spec. 31-58. Con specifico riferimento al problema dei canali istituzionali e non di inserimento nel mercato del lavoro dei giovani c.d. NEET (cioè giovani "Not in Education, Employment or Training") cfr. Y. HORI, *Situations of Social Network of Jobless Youth and Assistance Measures*, in *Japan Labor Review*, n. 3/2005, 26-

(<sup>456</sup>) CNEL, *Educazione e formazione – Osservazioni e proposte*, cit.

mazione professionale e attori del mercato del lavoro si pongano come vere e proprie articolazioni comunicanti di un sistema integrato.

Un primo passo concreto in questa prospettiva potrebbe consistere nella valorizzazione di sperimentazioni già in atto <sup>(457)</sup> mediante la costituzione di un osservatorio integrato su mercato del lavoro, istruzione e formazione professionale che veda coinvolte tutte le istituzioni e le parti sociali del territorio. Questo esercizio ben potrebbe essere avviato, con riferimento alle politiche sul capitale umano e per la competitività definite nell'ambito della Strategia di Lisbona, avvalendosi sia degli indicatori comunitari relativi al coordinamento aperto in materia di mercato del lavoro <sup>(458)</sup> sia di quelli recentemente definiti con riferimento al settore dell'istruzione e lavoro. Pare questo, in effetti, il presupposto ineludibile per la definizione di linee strategiche di azione in materia di occupazione e sviluppo del capitale umano che della formazione professionale <sup>(459)</sup>.

Un accurato e condiviso monitoraggio delle fasi di transizione dai percorsi formativi ed educativi verso il mercato del possano è la indispensabile premessa per la definizione di un patto locale per l'occupabilità che non voglia contenere mere petizioni di principio e, come tale, essere destinato a rimanere sulla carta. Là dove l'impiego di parametri e indicatori comunitari, autorevoli e condivisi, può consentire di superare le strette maglie del localismo che, il più delle volte, comprimono in una prospettiva autoreferenziale le prospettive e potenzialità di sviluppo del territorio secondo assetti e dinamiche coerenti con l'internazionalizzazione dei mercati e della economia.

Come è stato efficacemente rilevato l'internazionalizzazione dei mercati e delle economie impone certamente di agire localmente, ma anche di pensare in termini globali («act locally, think global»). L'internazionalizzazione delle sedi universitarie e dell'alta formazione appare davvero la condizione essenziale per competere nella c.d. nuova economia, se non vogliamo che questa affermazione si traduca di fatto in poco più che uno slogan privo di contenuti concreti.

L'Italia pare tuttavia non solo ben lontana dagli obiettivi della Strategia di Lisbona, di fare cioè dei sistemi di istruzione e formazione europei un «punto di riferimento per la qualità a livello mondiale entro il 2010», ma anche neppure minimamente attrezzata per fare delle nostre sedi universitarie e dell'alta formazione – come ancora affermato a Lisbona – «la meta preferita di studenti e ricercatori del resto del mondo» <sup>(460)</sup>. L'assoluta assenza di competizione rende gli atenei italiani poco o nulla attrezzati per affrontare le sfide (e cogliere altresì le enormi potenzialità) della internazionalizzazione.

---

<sup>(457)</sup> Per la provincia di Reggio Emilia cfr. il contributo di F. SEMERARO che segue.

<sup>(458)</sup> Cfr. Commissione Europea, *Indicators for monitoring the Employment Guidelines 2004-2005 compendium*, aprile 2005 e Comitato per l'occupazione (2004), *Conclusions of the Employment Committee on the Indicators Group's report indicators to be used in the Joint Employment Report*, entrambi i documenti sono reperibili in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*.

<sup>(459)</sup> Cfr., a questo proposito, le Conclusioni del Consiglio del 24 maggio 2005 sui nuovi indicatori nel settore della istruzione e della formazione (2005/C 141/04), in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, mercato del lavoro*.

<sup>(460)</sup> Particolarmente enfatico – e distante dalla realtà – è da questo punto di vista il documento della CRUI, *Un anno al servizio del sistema universitario – Le attività della CRUI 2005*, Roma 20 settembre 2005, in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 33, spec. 29-41.

Per affrontare questo nodo strategico non si può davvero più sottovalutare la proposta – già accennata e su cui pare emergere un certo consenso <sup>(461)</sup> – di eliminare il valore legale dei titoli di studio universitari <sup>(462)</sup>. Una soluzione che, come noto, caratterizza il modello universitario anglosassone e che, applicata al caso italiano, oltre a lasciare a ogni singolo Ateneo l'onere e la relativa responsabilità del reclutamento del proprio personale docente potrebbe anche contribuire a superare quelle gravi distorsioni dei concorsi universitari recentemente denunciate dal decano dei giuslavoristi italiani <sup>(463)</sup>. Saranno poi i veri clienti del sistema formativo e della ricerca, cioè gli studenti, le famiglie e le imprese a sanzionare chi abusa di questa grossa responsabilità rivolgendosi, secondo le normali logiche di mercato, ai poli di eccellenza che premiano i migliori e sviluppino i talenti dei nostri giovani.

Ma non solo. Il ruolo centrale assegnato alle Università dalla riforma del mercato del lavoro appare emblematico della consapevolezza che il successo delle riforme dipende, più che dalle singole soluzioni tecnico-normative adottate, da un innalzamento della qualità e dalla preparazione delle persone che, nei prossimi anni, saranno chiamate a dare ad esse concreta attuazione attraverso processi di *governance* che poggiano su equilibri meno precari e schizofrenici di quelli attuali. Le riforme, infatti, possono risultare efficaci soltanto nella misura in cui i soggetti coinvolti sono, per un verso, culturalmente preparati per accompagnare il cambiamento e l'innovazione e, per l'altro verso, messi nelle condizioni di dare il meglio di sé <sup>(464)</sup>.

<sup>(461)</sup> Cfr., in particolare, la posizione assunta nel *Manifesto del Gruppo 2003: per una rinascita scientifica in Italia*, in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro* cui adde T. MACCAGARO, *Abolire il valore legale del diploma di laurea*, Gruppo 2003, ivi e S. GAGLIARDUCCI, A. ICHINO, G. PERI, R. PEROTTI, *Lo splendido isolamento dell'Università italiana*, cit., 26-27. V. ora, con riferimento al progetto di riforma Moratti, E. Galli della Loggia, *Trent'anni di rivolte*, in *Il Riformista* del 29 settembre 2005. *Contra*: A. ACCORNERO, *Valorizzare la qualità del capitale umano per la competitività del Paese*, op. cit. e anche il Presidente della CRUI. Cfr. infatti P. TOSI, *Relazione sullo stato delle Università italiane 2005*, 7-8.

<sup>(462)</sup> Per una equilibrata impostazione del problema e delle possibili soluzioni cfr. C. FINOCCHIETTI, *Il valore legale dei titoli di studio*, Doc. Cimea 108, marzo 2002 (vedilo in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Università, Scuola, mercato del lavoro*).

<sup>(463)</sup> Cfr. G. GIUGNI, Lettera ai giuslavoristi circa il clima in cui si svolgono le elezioni delle commissioni per i concorsi a cattedra o per posti di ricercatore; vedila in *Boll. ADAPT*, 2005, n. 23.

<sup>(464)</sup> M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel doporiforma ecc.*, cit., qui 16 sviluppando alcune considerazioni di G. PERA, *Sulla cosiddetta riforma degli studi universitari*, in *RIDL*, 2001, I, 87-93.



## The Evolving Structure of Collective Bargaining in Italy (1990-2004)\*

Bruno Caruso – Loredana Zappalà

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. The Regulatory Framework of Collective Bargaining                                                                          | 113 |
| 1.1. The evolution of the legal basis of collective bargaining                                                                | 113 |
| 1.1.1. The post- Constitutional legal framework                                                                               | 113 |
| 1.1.2. The legal framework in the public employment sector                                                                    | 114 |
| 1.2. Trade union pluralism                                                                                                    | 115 |
| 1.2.1. The concept of “Representative union” and its selective function for collective bargaining “derogating from the law”   | 115 |
| 1.2.2. The selection of representative trade unions in public sector employment                                               | 117 |
| 1.3. Area in which collective bargaining takes place and trade union freedom                                                  | 118 |
| 1.3.1. Models of collective bargaining                                                                                        | 119 |
| 1.4. The problem of the personal scope of collective agreements                                                               | 121 |
| 1.4.1. The legislative attempt to achieve an <i>erga omnes</i> effect of collective agreements in the late ‘50s               | 121 |
| 1.4.2. Extension of the personal scope of collective agreements as interpreted by scholars ( <i>dottrina</i> ) and the courts | 122 |
| 1.4.3. Legal obligations to apply collective agreements                                                                       | 123 |
| 1.4.4. The personal scope of company-level collective agreements                                                              | 123 |
| 1.4.5. The personal scope of collective agreements in the public sector                                                       | 125 |
| 1.5. The institutionalisation of social dialogue in Italy                                                                     | 125 |
| 1.6. The relationship between the law and collective autonomy: the possibility of imposing limits on bargaining               | 125 |
| 1.7. Derogation from minimum standards by collective bargaining                                                               | 126 |
| 2. Actors in Collective Bargaining                                                                                            | 127 |
| 2.1. Trade unions                                                                                                             | 127 |
| 2.1.2. Union Density                                                                                                          | 132 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 38/2005

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.1.3. The pluralism/unity dialectics in the Italian system                                                      | 133 |
| 2.2. Employers' organisations                                                                                    | 134 |
| 2.3. The role of government in the system of collective bargaining                                               | 135 |
| 2.3.1. Government and collective bargaining in the private sector                                                | 135 |
| 2.3.2. Government and collective bargaining in public administration                                             | 136 |
| 2.3.3. Public actors in social concertation                                                                      | 136 |
| 2.4. Social concertation                                                                                         | 136 |
| 2.4.1. The '80s. Characteristics and contents                                                                    | 137 |
| 2.4.2. The '90s. Characteristics and contents                                                                    | 137 |
| 2.4.3. Concertation at the start of the Third Millennium                                                         | 138 |
| 2.5. Other actors:                                                                                               | 139 |
| A) Unitary Trade Union Representations (RSU Rappresentanze sindacali unitarie) in the private and public sectors | 139 |
| B) European Works Councils in Italy                                                                              | 140 |
| C) Actors in bargaining in the independent worker sector                                                         | 140 |
| 3. Levels of Collective Bargaining                                                                               | 141 |
| 3.1. Evolution of the structure of collective bargaining                                                         | 141 |
| 3.2. The structure of collective bargaining as outlined in the 1993 Protocol and wage policies                   | 142 |
| 3.3. The specific partitioning of competencies between the various levels in the private sector                  | 142 |
| 3.3.1. Levels of bargaining and responsibilities in the public sector                                            | 144 |
| 3.4. Co-ordination of Union and Employers' Bargaining Strategies                                                 | 144 |
| 3.5. Recent debate on the contract structure reform "inherited" from the 1993 Protocol                           | 145 |
| 4. Coverage of Collective Bargaining                                                                             | 147 |
| 4.1. National bargaining at worker-category and department level                                                 | 147 |
| 4.2. Inter-confederate bargaining                                                                                | 148 |
| 4.3. Company-level bargaining                                                                                    | 148 |
| 4.4. Territorial bargaining                                                                                      | 149 |
| 4.5. Supplementary bargaining in public employment                                                               | 150 |
| 5. Issues covered by Collective Bargaining                                                                       | 150 |
| 5.1. The "new" functions of collective bargaining                                                                | 151 |
| 5.2. Bargaining levels and specific contents                                                                     | 151 |

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.2.1. Inter-confederate and inter-departmental agreements                                                                               | 151 |
| 5.2.2. Nation wide-sector and departmental ( <i>comparto</i> ) agreements                                                                | 152 |
| 5.2.3. Decentralised agreements in the public sector                                                                                     | 153 |
| 5.2.4. Company-level agreements                                                                                                          | 154 |
| 5.2.5. Territorial agreements                                                                                                            | 155 |
| 6. The role of collective bargaining in Transfer of Undertakings and in Collective Dismissals                                            | 155 |
| 6.1. The Role of Collective Bargaining in Transfers of Undertakings                                                                      | 155 |
| 6.1.1. The case of airport services                                                                                                      | 157 |
| 6.2. The role of collective bargaining in collective dismissals                                                                          | 157 |
| 7. The Influence of European Law and the EMU on Collective Bargaining                                                                    | 158 |
| 7.1. The Euro and wage negotiations                                                                                                      | 158 |
| 7.2. EU Law and collective bargaining                                                                                                    | 159 |
| 8. The Transposition of European Directives and the Agreement on Telework                                                                | 160 |
| 8.1. The transposition of EU Directives via collective agreements in the Italian system                                                  | 160 |
| 8.2. The 2004 inter-confederate agreement transposing the European Agreement on Telework                                                 | 161 |
| 9. Conclusion                                                                                                                            | 163 |
| 9.1. Legal effects of collective agreements today. Prospects of reform                                                                   | 163 |
| 9.2. Recent labour market reforms                                                                                                        | 165 |
| 9.2.1. Institutional reforms: regional federalism                                                                                        | 166 |
| 9.3. Recent proposals aiming at rationalising and reorganising the structure of collective bargaining by means of centralised agreements | 168 |
| 9.4. The trend towards decentralised bargaining                                                                                          | 168 |
| 9.5. The relationship between the law and collective agreements in recent legislative reforms                                            | 169 |
| 10. Bibliography                                                                                                                         | 172 |

## 1. The Regulatory Framework of Collective Bargaining

### 1.1. The evolution of the legal basis of collective bargaining

The system of industrial relations in Italy has evolved alongside the economic, social and institutional history of the country. At the turn of the last century, a new legal reality emerged from industrial conflict, featuring a series of autonomous regulations of contractual rather than statutory origin: the rules were not laid down by legislative provisions but by other sources which had the same abstract and general regulatory function. The aim of these agreements was the collective regulation of work relationships, especially in the metalworkers' sector. A novelty in Italy at that time, it was not by chance that these new agreements were called "tariff agreements" because they were basically confined to collectively regulating the price, or tariff, of labour.

This historical process of gradual affirmation of trade union law in dialogue with the national legal system but fundamentally autonomous with respect to civil law, due to the fact that it had germinated spontaneously from the action of organised groups of workers, was interrupted during the Fascist era. The interruption was caused by the corporative regime (1926-1943). In the system which derived from this regime, trade union law became a minor ranch of public and administrative law. Trade union law, the law of groups and spontaneity par excellence was entrapped within the rigid framework of public law: collective, or "corporative" bargaining as it was then called, was part of a rigidly hierarchical system of state sources; the trade unions recognised by the regime were considered to come under the jurisdiction of public law. At the same time, regulations governing collective bargaining by these trade unions – "corporative collective agreements" – were granted a juridical status, as far as their personal scopes was concerned, equal to that of a law, and in the hierarchy of sources only came second to actual laws and regulations. They were considered to be acts regulating the national economy rather than an expression of free self-regulation of professional and labour interests.

#### 1.1.1. The post- Constitutional legal framework

Following the Fascist defeat in 1943 and approval of the Republican Constitution in 1948 the foundations were laid for a new trade union system which was very different from the "corporative" one in that it was based on assertion of what had hitherto been denied: trade union freedom (and therefore pluralism) (Art. 39, clause 1, Italian Const.) and the right to strike (Art. 40 Italian Const.).

Art. 39 of the Constitution, in particular, sets forth three principles:

- Trade union freedom, and thus pluralism, as the foundation of industrial relations;
- The public registration of trade unions, with a democratic statute, as a basic requirement in order for them to acquire the capacity to stipulate (national) collective agreements applicable to all workers belonging to the categories to which the contracts referred (*erga omnes* effect);
- The direct attribution of this bargaining capacity to bodies representing the registered trade unions, formed according to their respective numbers of members.

The provision was the result of a compromise: on the one hand, it asserted the principle of trade union freedom, but on the other it introduced a State control mechanism which immediately led to a diffident attitude on the part of the unions.

When the Constitution came into force, whereas the principle of trade union freedom guaranteed by Art. 39, clause 1 immediately became a cornerstone of the union system, the remaining part of the provisions set forth in Art. 39, clauses 2, 3 and 4 was not implemented. To be operational, in fact, this part required a series of specifications by state legislation, which – thanks to increasing opposition by the unions themselves, alarmed at the prospect of State intervention – never arrived.

By denying trade union relationships any direct regulation, the failure to pass a law on union activity was of particular significance and consolidated the principle whereby the State was not to interfere with the autonomous activities of social groups.

In the absence of specific public regulation, union activity came under the jurisdiction of private law. Collective bargaining was considered to be an expression of self-regulation of the interests of private individuals and thus regulated by the civil code. With no special law to regulate bargaining activity by the unions as provided for by Art. 39, clauses 2, 3, and 4, trade union law progressively developed around the concept of collective autonomy: just as private individuals could freely enter into exchange agreements via activity regulated by the civil code regarding contracts, so was it considered legitimate for this to occur in the case of groups and labour representation organisations, by virtue of the specific constitutional recognition of this autonomy: the principle of trade union freedom.

Although it did not concern the effects and modalities of collective bargaining, legislative regulation which was to strengthen the presence and role of the trade unions in the workplace was introduced in 1970 with the Workers' Statute (Law no. 300, 1970). This law was confined to externally supporting and promoting collective bargaining: it strengthened, but neither regulated or limited, trade union power. The Statute legislation granted unions a series of rights and functional guarantees supporting union action and its effectiveness in industries, thus legitimising them as contracting parties having the faculty to bargain with single employers (promoting the role of company-level bargaining) and, more generally, as political interlocutors with the State. This significant corpus of regulations did not, however, provide mechanisms whereby the personal scope of collective agreements could be extended: the strengthening of collective bargaining was only indirect.

#### **1.1.2. The legal framework in the public employment sector**

Slightly different regulation of collective bargaining in Italy was, however, achieved in the state employment sector, which comprises the various areas in which public administration operates (ministries, schools, regional and local authorities, the health service, public bodies, universities, etc.). Collective relations in this sector were for a long time regulated by the logic of public law, although this was gradually attenuated over the years: despite formal regulations set down in laws and rules, in practice bargaining relations were in some ways inspired by the principle of autonomy.

In the early '90s, in a climate of serious economic, political and institutional crisis, the government decided to introduce a radical reform of public administration (the so-called Bassanini Reform) which continued in various stages throughout the '90s.

The reform also affected the trade union law system. Unlike what had occurred in the private sector where, as we have seen, the prevailing principle was one of non-intervention by the state

in trade union representation, in the public sector the state intervened on a major scale to regulate the system of representation and collective bargaining, justifying its actions by the public and general significance of the interests involved: the control of inflation and public expenditure, the need for equal pay in the various departments, and the promotion of effectiveness and efficiency in public administration in general.

As will be seen below, Arts. 40-50 of the current law, Legislative Decree no. 165, 2001, set forth precise regulations governing the structure of agreements, the national and local trade union actors entitled to take part in collective bargaining, a single body legally authorised to represent the Public Administration sector (which the law establishes as being ARAN – “Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni”), the various stages of the bargaining procedure, and finally the effectiveness of collective agreements stipulated in the public sector.

### 1.2. Trade union pluralism

The Italian system is based on the principle of trade union pluralism, which can be considered an effect of the principle of trade union freedom enshrined in Art. 39, clause 1, of the Constitution. The article states, in fact, that “Trade union organisation is to be free”.

As mentioned above, the union system is not regulated by a State law establishing the requisites for an organisation to be legally classified as a union, nor by a law which imposes an ideology or scope, as happened under the Fascist regime. The State is to take no interest in the internal affairs of the unions, for example whether they comply with principles of democracy or not; individuals and groups who form coalitions that can be classified as unions – above all in relation to the collective protection of economic and professional interests – can thus do so for various reasons, which may be not only professional but also ideological, cultural, religious or based on ethnic and territorial identity.

Art. 39, clause 1 does not, however, only ensure organisational freedom. Its historical and political rationale is also that of asserting freedom of contractual action by trade unions.

The provision affirms the principle of “voluntary” and “representative” self-regulation, which means that access to bargaining and the stipulation of collective agreements is in no way subject to external control but granted exclusively by “mutual recognition” of the parties involved.

This freedom must not, however, be taken to mean that a general trade union entitlement to bargain for the stipulation of a collective agreement obliges employers to take part in bargaining: the initiation and result of bargaining procedures depend on the power relationships between the parties.

#### 1.2.1. The concept of “Representative union” and its selective function for collective bargaining “derogating from the law”

Despite the freedom of action trade unions are granted by the Italian system, various instances of legislative intervention since the '80s have attempted to reserve the right to stipulate certain types of collective agreement for certain trade unions. In many cases, in fact, the law has assigned collective bargaining the role of supplementing, derogating from or substituting existing regulations, in the belief that certain aspects of industrial relations and/or the labour market could be better regulated by collective agreements rather than the law.

There have been various instances of remittal to collective bargaining; to mention just a few particularly significant examples of legislation in the '90s it is possible to recall the task the unions were assigned of establishing the criteria whereby workers were to be chosen for mobility schemes or dismissal in the event of collective dismissal due to reductions in staff numbers; of derogating from certain guarantees individual workers were legally entitled to (for example, the ban on assigning workers to less qualified jobs in the event of application of the worker mobility schemes provided for by Law no. 223/1991); of smoothing certain forms of rigidity existing in the legal regulation of flexible work (or "negotiated flexibility", as in the case of part-time work, training contracts, fixed-term contracts, temporary agency work, etc.)

In cases like those mentioned above, where collective bargaining was given the task of supplementing, derogating from or substituting for the law, legislators established certain criteria to identify the unions entitled to carry out this role and stipulate these particular kinds of collective agreements. Faced with a social situation in which trade union pluralism is often excessive (given the fragmentation of the unions), they had recourse to the notion of "representativeness", which was used as a criterion to choose between unions in situations where pluralism needed to be concentrated or to some extent reduced.

The notion of representativeness, used to operate a selection among the various unions, was not, however, unique. It changed, in fact, over the years according to the various contexts in which it was used. The law did not always refer simply to "union representativeness" (in fact it rarely did so); the noun almost always became a modifier, for example in expressions like the "most representative association (or confederation)", or the "comparatively most representative trade union association".

Beyond these more or less equivalent formulae, the problem posed by the notion of representativeness is basically that of its measurability. Although the notion is widely used by legislators, no attempt has been made to specify its meaning, that is, to indicate the criteria by which it is to be measured. When legislators confine themselves to reserving a certain contractual role for the comparatively more representative unions, they in practice neglect (and thus leave to others) the task of establishing, on either a general and abstract or concrete plane, who is comparatively more representative than anyone else, and who is not. It has thus been the task of scholars (*dottrina*) and practical jurisprudence to work out a series of indexes to measure the representativeness of a union or make a comparison between the most representative unions, taking into account elements such as the number of members, their presence in various production sectors and geographical areas, or the effectiveness, continuity and systematic nature of their bargaining activity. In reality, it cannot but be observed that the formula of a comparatively most representative union is highly ambiguous, given the objective difficulty of comparing entities that are only commensurable by assumption: there are no reference indexes and the levels the comparison is related to (territory, worker category, confederation, etc.) may vary. What is also lacking is a system agreed on between the parties for certifying union members and electoral data. It is thus a formula which implies a comparison but does not provide the technical tools for this comparison to be made.

Despite the objective difficulties of establishing clear criteria for the legitimisation of representative unions, it should be pointed out that the technique of assigning collective bargaining the task of supplementing, derogating from or substituting for legislation is widely used in the recent reform of the labour market introduced by Law no. 30/2003 and the subsequent Legislative Decree

no. 276/2003. This legislation, in fact, frequently mentions collective bargaining: at times the remit is merely to supplement and/or derogate from a collective agreement by means of either an individual contract or, more importantly, bargaining at a national, company or territorial level. This recent legislation frequently assigns functions to “comparatively most representative national or territorial trade unions” (for example to regulate aspects of new types of contract which introduce greater flexibility into the labour market), thus implying that to introduce broader margins of flexibility in management of the workforce it is not necessary to gain the consent of “all the representative unions”: consent by “only some of them” is sufficient as long as they are comparatively more representative than others.

In establishing regional legislative competence for “job protection and security”, the recent reform of Title V, and in particular Art. 117, of the Constitution, by means of Constitutional Law no. 3, passed on 18 October 2001, indirectly contributed towards diversifying the modalities for recognition of union representativeness, by involving unions in decentralised public functions regarding the labour market and employment services at a regional and provincial level.

#### **1.2.2. The selection of representative trade unions in public sector employment**

Unlike the private sector, legislators have intervened in the public sector to regulate the criteria governing legitimisation of the trade unions entitled to take part in the stipulation of collective agreements. To this end, well-defined measurable criteria have been introduced to link the notion of the representativeness of a union to pre-established objective measurement data. In the public sector, therefore, a union is not only assumed to be representative; nor are third parties called upon to decide which unions are to a greater or lesser extent representative, on the basis of discretionary assessment criteria.

The decision to regulate trade union entitlement to bargaining rights goes back to the '80s and was confirmed by the radical reform of employment relationships in public administration launched in the '90s (delegatory law no. 421/1993, which was followed by Legislative Decrees nos. 29/1993 and 396/1997). According to the current regulations, set forth in Art. 43 of Legislative Decree n. 165/2001, in the public sector a union is classified as representative by means of a formal legally regulated procedure to ascertain real indexes of its representativeness – and thus of the worker support it has. The purpose of this ascertainment of the actual representativeness of a union is to identify which unions will be allowed to take part in bargaining for the stipulation of collective agreements relating to certain areas of public administration (called “comparti” – department -, for example the health service, schools, ministries, etc.), which unions will be entitled to sign these agreements, and which will be allowed to trigger off the process of constitution of working councils (Rappresentanze Sindacali Unitarie) which will enjoy union rights.

This means that to take part in collective bargaining, to sign agreements (and also to enjoy other union rights) unions have to compete with each other to reach a sort of minimum threshold for access to representativeness. In this case representativeness is measured using specific indicators of worker support for the various organisations that wish to take part in the bargaining procedures and sign agreements. Worker backing is in particular measured on the basis of the number of members (associative criterion) and the results each union obtains in trade union elections, that is to say, elections for what are called the RSU or “Rappresentanze Sindacali Unitarie”, (electoral criterion).



More specifically:

- *to take part in national collective bargaining* relating to a “department”, unions have to have a minimum of 5% consensus. This percentage is obtained by calculating the weighted average between the number of members in the “comparto” referred to and the votes won in union elections;

- *to be entitled to sign national collective agreements*, the various unions backing the agreement have to represent at least 51% of workers, calculated as the average between the electoral and associative data for that department or contractual area, or at least 60% of the electoral data in the same context. This is the only example in the Italian trade union system of the law subordinating the juridical validity of collective agreements to prior verification of the existence of a procedural consensus requirement, even though *it is ascertained indirectly* on the basis of the electoral or associative backing enjoyed by the organisations stipulating the contract and *not directly*, on the basis of acceptance of the agreement by the workers involved (e.g. by means of a referendum).

According to Art. 46 of Legislative Decree no. 165/2001 public administration is represented in bargaining procedures by a special technical body: ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni). This body has five members, experts in trade union affairs and personnel management, who are appointed by a Decree issued by the President of the Council of Ministers (or Prime Minister) (on this point, see § 2.3.2. below).

In conclusion, the model of measured representativeness adopted in the public employment sector has a series of advantages that can be briefly summarised as follows: it makes it possible to link the representativeness requirement to certain worker support, in the sense that it is measured, thus reducing any discretionary element in recognising a union as being representative and consequently the risk of litigation. In addition, in the model excogitated by Italian legislators, consensus is measured by both the number of union members and the amount of votes the union wins in union elections. Measuring the degree of representativeness by means of both associative and electoral data is thus a reasonable trade-off between two different models and aspects of union representation: the associative model of the union, which represents above all its members; and the model of general representation, whereby a union represents the interests of workers, irrespective of which association they belong to.

### 1.3. Area in which collective bargaining takes place and trade union freedom

A further corollary which derives from the principle of trade union freedom enshrined in Art. 39, clause 1 of the Constitution, which states, as mentioned previously, that trade union organisations are free, is that the State is not allowed to interfere by legally establishing the territorial or subjective reference area in which the union is entitled to act. The State, that is, cannot decide that collective bargaining by the union is to be held at a national or regional or only company level; it cannot establish that is only to concern certain categories of products or workers, nor that only some issues and not others can be bargained for at the various levels. This constraint laid upon the State is the negative side of the positive contents of the principle of freedom.

And yet there is, in the Italian system, an exception to this general ban: once again it refers to public sector employment. Here it is the law (Art. 40 of Legislative Decree no. 165/2001) which establishes – by means of agreements between ARAN and the confederations representing public

sector workers – the areas (or national “comparti”) in which collective bargaining is to take place, which issues can be negotiated at the various levels and the consequences of any violation of this setup (see § 3.3.1. below). As said above, this exception is accounted for by the fact that in public sector bargaining the interests that come into play are undeniably public and general and this external conditioning of the exercise of collective autonomy justifies intervention by the law in areas in which it is not normally allowed. In this case, to use more sophisticated terminology, collective bargaining is said to be functionalised, submitted to or conditioned by purposes that are alien to the interests it normally protects.

#### **1.3.1. Models of collective bargaining**

Various elements have contributed towards characterising the models of collective bargaining in the Italian system, due to the fact that it takes place in different areas and between parties with profoundly diversified interests.

In relation to these models, it is possible to examine collective bargaining vertically on several levels, which usually correspond to the organisational levels of the bodies taking part in the bargaining procedures (see also §§ 3 and ff. below).

The predominant, if not the only, model of collective bargaining in the period immediately following World War 2 was inter-confederate collective bargaining, that is, between confederations of employers and workers referring to “single categories of products” (industry, commerce, agriculture). This model, which in the public sector is called an inter-compartmental agreement or framework agreement, is still used in cases where the social partners consider it useful or necessary to have uniform regulation for several categories of workers (see § 4.2. and 5.2.1. below).

Following the particular development of the various sectors of the economy and production, from the '50s until the present the prevalent model of national collective bargaining has been represented by the “contratto collettivo nazionale di categoria” (or sector-wide based collective agreement) in the private sector and the “contratto collettivo di comparto” (or public department-based collective agreement) in the public sector, both pre-eminently structured according to the type of activity carried out by the enterprise or administration involved. In Italy, as in much of Europe, the national sector wide-based contract was the cornerstone of industrial relations in the Fordist organisation of labour: it regulated the minimum wage and conditions applicable to individual employment relationships in each category/sector, as well as industrial relations between the stipulating parties and their respective organisations (see § 4.1. and 5.2.2. below). Today, however, this central role appears to have been undermined by both an upward, European-level, drive and a downward drive caused by the shift towards a regional re-organisation of the State (Constitutional law no. 3 of 18 October 2001). The greater the decentralisation, with State powers regarding institutional competencies directly or indirectly affecting (and this differentiating between) salaries, the labour market, tax policies and welfare passing to local authorities, the weaker the capacity of the nation sector wide-based contract to regulate, standardise and equalise.

Above all at the beginning of this century, Italy saw the spread of new ad hoc “sector-level” national agreements. The road towards this new type of contract was essentially opened up by telecommunications companies with a contract signed on 28 June 2000, which was a significant innovation as it applied at a category level to about 300 thousand employees working for tele-

communications and/or telephone service providers, as opposed to the traditional national “company-level” contract (concerning about 100 thousand Telecom Italia employees). “Sector-level” agreements of this kind, originally company agreements and subsequently transformed into national agreements, were also signed in 2003 in the energy sector (essentially via extension of the ENEL – or national electricity board – company contract) and the railways (originally stipulated exclusively for employees of the Ferrovie dello Stato, or national railway company).

Another element that has profoundly influenced the birth and evolution of the models of collective bargaining in Italy is the difference in the economic and social development that has characterised the various geographical and territorial areas of the peninsula. Some territorial situations in both the south and north of the country have, in fact, developed a marked tendency towards territorial bargaining, which has led to a diversification in employment conditions, above all pay, according to the various spheres of reference. Collective territorial agreements are thus a historically important point of reference, even in production and service sectors (especially in the south of Italy) that are usually considered to be of secondary importance (see § 4.4. and 5.2.5 below). In recent years local and territorial bargaining, as promoted by EU institutions, has been enriched by the presence of other institutional actors, thus giving rise to decentralised concertation procedures. Territorial concertation in Italy has taken the name of “negotiated planning” and has been achieved via specific forms of territorial intervention such as territorial pacts, area agreements, planning agreements etc., governed by specific regulations introduced in the second half of the '90s (see § 2.4.2.).

Another element significantly influencing bargaining models is the size of companies: historically, collective bargaining was not widespread in small or very small enterprises (even in areas where the acceptance of such agreements was greater). It was only in the early '60s, following the economic boom, the growth in employment and the expansion of mass production that the model of company-level collective bargaining spread. Initially it was not even formally recognised, being a sort of “submerged” phenomenon brought into being by what were called internal committees, and mainly dealt with salary issues. This kind of bargaining, initially constrained by rigid objective and subjective rules laid down by the nation wide-sector -level agreement, mainly developed in the late '60s and early '70s, at a time when company-level bargaining was becoming the driving force behind innovative union policies (see also § 4.3. and 5.2.4.). In the public sector, on the other hand, the model of decentralised bargaining was represented by the “contrattazione integrativa”, or supplementary bargaining, in the single administrative unit (see § 4.5. and 5.2.3).

Finally, it was only in 1983 that tripartite agreements began to appear in the system of industrial relations in Italy, that is, collective agreements stipulated by the largest union confederations and formally subscribed to by the government. These agreements, based on the well-known concertation method (see § 2.3.3. ff. below), are almost unanimously seen by scholars (*dottrina*) and the courts (see Constitutional Court ruling no. 34 of 7 February 1985), as lying beyond the traditional activity of collective bargaining, due to both the diversity of the actors involved (who included representatives of public institutions), and the peculiar nature of the issues and contents the concertation addressed (economic and incomes policies, employment and welfare policies etc., which only indirectly affect the regulation of individual employment relationships).

#### 1.4. The problem of the personal scope of collective agreements

From the very beginning, collective bargaining has evolved in parallel with the problem of determining the exact personal scope of collective agreements.

Under the corporative regime collective agreements were essentially considered to be equivalent to a law, even though they were formally subordinate to the law from a hierarchical viewpoint. As the law explicitly stated, they applied to all who belonged to a specific category of products or jobs (be they employers or workers).

As seen above (§ 1.1.1.), following the defeat of the Fascist regime Art. 39 of the Constitution foreshadowed an architecture, or rather an institutional path, that presupposed activation by ordinary legislation and that would allow free, autonomous unions to stipulate collective agreements with an *erga omnes* effect. In order to obtain the power to stipulate binding *erga omnes* collective agreements, unions had, however, to submit to certain procedural rules (as established by Art. 39, clauses 2-4, Italian Const.).

This extension of personal scope of collective agreements, as mentioned previously, never took place and collective bargaining was considered to be an expression of self-regulation of the interests of private individuals and thus regulated by the civil code provisions regarding contracts. According to the 1942 Civil Code, the general rule governing contracts was that they only applied to the contracting parties, or to third parties (principals) who had entrusted those stipulating the contracts (proxies) with an explicit mandate, the latter being able to accept commitments on behalf of the former in that they represented them and therefore had the power to make binding agreements on their behalf. In the presence of this rule, the problem was therefore how to allow a private, *sui generis*, act, which normally only applied to the contracting parties, to extend its effects beyond the narrow circle of the “natural addressees”, that is, only employers and workers who were members of the associations which signed the collective agreements.

If, as social experience in Italy shows, collective agreements ended up by extending their effects to workers and employers who did not belong to any trade union or employers organisation, and who thus had not given anyone a mandate to act on their behalf, from a strictly juridical viewpoint the legal tools and/or interpretative practice whereby this occurred remains to be explained.

##### 1.4.1. The legislative attempt to achieve an *erga omnes* effect of collective agreements in the late '50s

An initial alternative to the provisions of Art. 39 of the Constitution was given by a law – no. 741/1959 (called the Vigorelli Law) – with which the Italian Parliament delegated the government to issue a series of decrees covering the “private” collective agreements then in force. In this way the private nature of collective agreements was formally respected, but by means of a legally binding decree which conferred *erga omnes* effect on them, thus avoiding the problem of activating the complex procedure provided for by Art. 39 of the Constitution.

It was, however, only a temporary solution because the legislative expedient which definitively “sidestepped” the precept laid down by Art. 39 of the Constitution was held to be illegitimate by the Constitutional Court in the early '60s.

Since then, the collective agreement has asserted its current physiognomy as a “private-law contract”, the personal scope of which is formally limited to members of the organisations stipulating

the contract.

#### 1.4.2. Extension of the personal scope of collective agreements as interpreted by scholars (*dottrina*) and the courts

As seen above, the collective agreement of “private-law” – thus called because regulated by the general norms of the Civil Code concerning private contracts – only has a legally binding effect between the stipulating parties and their members. The collective agreement therefore does not (or should not) apply to third parties – be they workers or enterprises – who are extraneous to the contract either because they are not members of a union or employers’ association, or because they are members of organisations or associations other than those which stipulated the contract.

This corollary has, however, been belied by enterprise management practice, whereby an employer belonging to an association which has signed a collective agreement almost always finds it easier to apply the contract to all his employees, irrespective of whether or not they are members of the union which stipulated it.

Beyond general practice, however, it should be stated that an employer who is not a member of an association and who refuses to accept the collective agreement applying to the sector his company belongs to, is not compelled by the rules regulating private-law contracts to apply it to his employees, even if they are members of the unions which signed the contract; and even more so if they are not members of any union or members of unions that did not sign the contract. But for reasons of social equity courts and scholars (*dottrina*) in Italy have been induced to “bend” the logic and rules of civil law by means of interpretations which have in fact led to a more or less general personal scope of collective bargaining in the Italian system.

Various arguments have been put forward in support of this extension. Here we will only mention the argument which has gained interpretative prevalence over the years. Since the late ‘50s the so-called “master argument” has allowed the salary provisions of national collective agreements to be extended to any workers who asked for them, irrespective of whether their employer belonged to the association which signed the relative contract.

With the support of scholars (*dottrina*), judges have extended the personal scope of collective agreements regarding salary issues on the basis of Art. 36 of the Constitution, which entitles all workers to salaries featuring proportionality (to the quality and quantity of the services rendered) and sufficiency (to ensure the worker and his/her family of a free and respectable standard of living), and also on a Civil Code provision (Art. 2099) which, despite the fact that it was drawn up in a different context – that of the Fascist regime – allows judges to establish the salary a worker is entitled to on the basis of a fair assessment. By virtue of this provision, a judge can therefore rule in favour of a fair adjustment of an individual contract to constitutional principles, thus effectively applying the right to sufficient pay enshrined in Art. 36 of the Constitution. On the basis of these two premises, a judge has to identify a yardstick, a point of reference with which to establish a sufficient salary for a given worker, and in doing so the pay schemes contained in collective agreements have been seen as providing this parameter, this balance between conflicting interests, that can provide a reasonable point of reference for a fair ruling.

In the Italian system, therefore, judges are not legally obliged to apply the pay standards of collective agreements; they only do so for reasons of fairness, considering the contracted pay levels

to be socially the most adequate and fair reference parameters, and remain free to depart from these parameters, in their actual assessment, both *in melius* and *in peius*.

In conclusion, it should be stated that this interpretative solution only refers to the standard pay covered by collective agreements and does not have effect beyond actual litigation brought before employment tribunals.

#### 1.4.3. Legal obligations to apply collective agreements

Italian legislation also contains legal mechanisms that in a sense reflect the solution proposed by the “master argument” analysed above.

The prototype of this legislative intervention is Art. 36 of the Workers’ Statute, whereby public administration is obliged to include a clause in provisions granting financial benefits or awarding contracts for public works, requiring the beneficiaries or contractors to offer their employees pay and employment conditions that are not inferior to those holding for the collective agreements that apply to the worker category or area involved. It is evident that this is not a legal mechanism to extend the personal scope of a collective agreement of private-law nature but merely an obligation to respect such a contract: it is, in fact, one thing to automatically and obligatorily apply the legal effect of an *erga omnes* agreement, and another to require certain beneficiaries of public funds or contractors to respect certain private agreements or lose out: the sense of the provision is that if the enterprise wishes to take advantage of the benefit it has to apply the collective agreement.

The recent reform of the labour market contains a similar provision: Legislative Decree no. 276/2003, Art. 5, clause 2, letter *d*) states that temporary employment agencies or those engaging in staff leasing are required to “respect the obligations set forth by the national collective agreement applying to labour supply agencies”. Here again, re-applying the technique used in the Workers’ Statute to extend the personal scope of civil law collective agreements, companies (or, in this case, certain companies) are granted legal facilitations or benefits (authorisation to supply labour), on condition that they apply the relative collective agreement – as regards, that is, pay and employment conditions – to all their employees.

#### 1.4.4. The personal scope of company-level collective agreements

In Italy, the personal scope of company-level collective agreements is slightly different from that of national collective agreements. The difference mainly lies in the difference in contents between company-level and national agreements and the different functions company-level agreements often perform (see also § 5.1. below).

Both on the initiative of the parties stipulating them and in compliance with legislative provisions, company-level agreements are used with increasing frequency to regulate situations not covered by the traditional incremental-acquisitive function of national agreements (new rights and better pay). There are two types of company-level agreements that do not have an acquisitive function:

- “sacrificial” company-level agreements”, also called “*concession agreements*”, usually stipulated in periods of company crisis and possibly allowing broader margins of flexibility in the management of human resources;

- the so-called *management-plant level* agreements, used to regulate issues and situations in which the employer in any event has unilateral decision-making powers (e.g. agreements establishing which workers are to be transferred to another company in the event of transfer of undertakings, or collective agreements establishing the minimum amount of work that has to be guaranteed in the event of a strike by public or private sector workers providing services the law recognises as being essential and involving constitutionally significant values and interests (human life, health, education, etc. (Art. 2, clause 2, Law no. 146/90).

The problem of the personal scope of such agreements is exactly the opposite of what normally happens with wide sector-based national agreements or, more generally, agreements defined as granting ameliorative rights and treatment: in cases like the two above-mentioned agreements, legal action is taken by individuals or groups of workers who, by virtue of the common entitlement rule - either because they are not union members or because they belong to unions that have not signed the contract – reject the clause in the collective agreement, often because they disagree with the unions' decision to stipulate a "sacrificial" contract, which places constraints on private individual autonomy. In such situations the arguments and solutions excogitated by scholars (*dottrina*) and the courts to justify the extension of private collective agreements, beyond their natural boundaries, obviously change their tenor. Justifications are based on various types of logic. It is not, in fact, an issue of finding a juridical rationale for an operation inspired by principles of social equity, but of justifying the coerciveness of what, despite its collective origin, remains a contractual tool, towards private individual autonomy, which is clearly in dissent.

Here again, various arguments have been put forward. Up to the present, the prevailing solution provided by the Courts (Court of Cassation Ruling no. 1403, 1990) has argued that, although the *erga omnes* effect of company-level agreements should be excluded as a general rule, whenever the law refers to such agreements as are drawn up by structures belonging to the most or comparatively most representative unions (see § 1.2.1.), the generalised personal scope of these agreements may be accepted. More specifically, the courts have proposed a distinction between cases in which the collective agreement is specifically referred to in legislation and those in which collective bargaining takes place independently of any specific legislative reference. Whereas in the latter case ordinary civil code principles should apply, in the former case legislative reference could assign collective agreements a binding effect on all employees working for a company.

In the current positive legal framework, the only hypotheses in which management- plant level agreements can reasonably be stated to have a generalised personal scope are those typified in legislation as "proceduralising" powers otherwise unilaterally exercised by employers (see, for example, Constitutional Court Ruling no. 268, 1994, regarding collective dismissals, in which the Constitutional Court ruled on the personal scope of an agreement which, in compliance with Art. 5 clause 1 of Law no. 223/91, established different choosing criteria of workers to dismiss from those established by law)<sup>465</sup>.

---

<sup>465</sup> Similar reasoning was followed by the Constitutional Court in confirming the *erga omnes* legal effect of collective agreements (not, however, always at a company level) that establish minimum services to be guaranteed during strikes by workers in essential public service sectors. The Court ruled that the subsequent (and legally established) transposition of these agreements into service regulations conferred a binding legal effect on all workers providing the service involved, as the regulations were to be considered as "the exercise (proceduralised and therefore of binding content) of directive powers by the employer" (Constitutional Court Ruling no. 344, 1996).



#### 1.4.5. The personal scope of collective agreements in the public sector

As mentioned previously, the reform of employment in the public sector, which commenced in 1993 with Legislative Decree no. 29/1993 and was consolidated by means of subsequent legislation culminating in Legislative Decree no. 165/2000, radically reorganised public administration, establishing that employment in the public sector was no longer to be governed by administrative regulations, as in the past, but by collective agreements. Unlike the private sector, however, the peculiar nature of the interests involved induced legislators to impose a set of precise rules on the system of collective bargaining.

As seen above (§ 1.2.2.), public administration is obligatorily represented by a public agency – ARAN – which cannot enter into negotiations with whomsoever it wishes (unlike employers' associations in the private sector), but only with unions which possess the representativeness requisites provided for by the law, and are thus assumed to be reliable. The validity of collective agreements in the public sector, unlike those in the private sector, is subject to a condition; this means that in order to validly exercise their regulatory legal effect they have to meet certain legal requirements (see § 1.2.2.).

In this sector, the law also regulates the validity and personal scope of collective agreements: the generalised extension of a collective agreement is, in fact, achieved by means of a dual, indirect mechanism. A collective agreement stipulated by ARAN and the union organisations allowed to enter into negotiations does not in itself apply to all workers in the department or area the contract refers to. However, the law (Art. 40, clause 4, Legislative Decree no. 165/2001) obliges public administration to apply collective agreements stipulated by ARAN. By law, administrations are obliged to offer all their employees equal contractual standards, or at least to apply standards that are not inferior to those set forth in the respective collective agreements (Art. 45, clause 2, Legislative Decree no. 165/2001).

In public sector employment as well, therefore, the formal nature of collective agreements as acts of private autonomy is assured, but by means of an indirect mechanism, and without breaching Art. 39 of the Constitution the *erga omnes* effect of collective agreements is, in fact, guaranteed. These normative devices were considered to be legitimate by the Constitutional Court (Ruling no. 309, 16 October, 1997).

#### 1.5. The institutionalisation of social dialogue in Italy

Social concertation in Italy has never been undertaken in a highly formalised institutional framework; it has never given rise to stable procedures and institutions like those in Austria, Holland or Scandinavia. Its evolution over the years has been linked to trends in politics and occasional choices made by political and trade union actors (see § 2.3.3. ff.).

#### 1.6. The relationship between the law and collective autonomy: the possibility of imposing limits on bargaining

One of the issues most widely debated by scholars (*dottrina*) and addressed in the courts in the last twenty years has been the extent to which the law can intervene in issues normally dealt with by collective bargaining, as well as the even more controversial issue of the possibility of the law imposing strict limits on collective bargaining. The issue deals with the difficulties inherent in the search for a balance between the role of the law, which is statutorily to protect the interests involved in juridical employment relationships, and that of the organisational freedom of trade



unions, collective bargaining in particular, which is guaranteed by Art 39, clause 1 of the Constitution.

In the '60s, with the aim of organising economic planning activity, and above all in the '70s and '80s, in pursuance of an anti-inflation economic and social policy, the law frequently imposed unbreakable limits on collective bargaining regarding wage levels. The best-known example is that relating to a series of normative acts regarding the cost of labour<sup>466</sup>, by which the law made strict provisions establishing upper bounds on salary increases determined by collective bargaining.

The issue has been addressed several times by the Italian Constitutional Court, which has been called upon to rule on the legitimacy of these constraints imposed on the principle of trade union freedom enshrined in Art. 39, clause 1 of the Constitution and consequently deny the State the right to interfere with the freedom of union organisations. The Court has ruled more than once on the compatibility between the imposition of strict limits on collective bargaining and the principles laid down in the Constitution<sup>467</sup>; however, as the Court itself has specified<sup>468</sup> – legislative intervention of this kind must be essentially exceptional and of temporary effect, such as not to give rise to a systematic, permanent violation of contractual autonomy.

#### 1.7. Derogation from minimum standards by collective bargaining

In Italy, as seen above, there is no law regulating the normative effects of collective agreements. They are therefore considered, from the point of view of formal sources, to be regulated by the Civil Code provisions regarding contracts (see § 1.1.1). Hence, although the level of coverage of private-law collective bargaining is quite extensive, collective agreements are formally subordinate to the law. It should also be added that traditionally the legal norm regulating wages and employment conditions in Italy has binding effects that cannot be derogated from by collective agreements; this means that the standard or minimum working conditions introduced by law cannot legitimately be worsened by collective bargaining. In the event of a contrast between a legal norm and a contractual norm, the law prevails. Collective agreements can therefore only introduce ameliorative exceptions to the standards defined by the law.

It should, however, be stated that all this is on principle. Over the years, in fact, during the various stages of development of post-Constitutional labour law and due to the need to adapt the rigidity of labour law to new demands for flexibility in employment and the labour market<sup>469</sup>, with increasing frequency special legislative provisions have been made to “authorise” collective bargaining at various levels to introduce mechanisms of flexibility and therefore working conditions and wages below the legally defined standard (e.g. in fixed-term contracts, work and training contracts, solidarity contracts).

Legislation has, however, never assigned collective bargaining a general, abstract, indeterminate faculty to establish working conditions below legal standards. The provisions have mostly been

---

<sup>466</sup> See, for example, Law no. 91/1977, and also the subsequent Decrees nos. 10/1984 and 70/1984, the second of which was converted into Law no. 219/1984. See also Law no. 297/1982 regarding lump sum payments on retirement, which expressly prohibited any non-standard action, either ameliorative or pejorative, by collective bargaining.

<sup>467</sup> See Constitutional Court ruling no. 34, 7 February 1985.

<sup>468</sup> See Constitutional Court ruling no. 349, 23 June 1988, n. 349 and more recently n. 124, 26 March 1991.

<sup>469</sup> Caruso 2004a.

limited either in time (contingency and/or emergency provisions) or subject, that is referring to specific issues. At an institutional level the regulatory powers traditionally assigned to the law have thus been devolved to collective bargaining and its resources of flexibility, adaptability and consensus. The result is a strategy to pursue flexibility in employment and the labour market that represents an alternative to deregulation.

Flexibility has thus been introduced into the Italian system in very small doses, trying not to undermine the general mechanisms of the legal regulation of labour; the tool of choice to loosen the normative rigidity and legal standards, especially in the '80s and '90s, was the collective agreement (preferably national) stipulated by the most, or comparatively most, representative unions (see § 1.2.1.) .

More recently, under the current centre/right-wing government, this strategy has been strengthened but has not altered radically, even though there appear to be some significant changes (see § 9 ff below).

In the '90s local social pacts (especially the so-called “area agreements”) tried to pursue strategies of territorial competition and development by introducing derogations from legal and contractual standards. In the absence of specific legal authorisation, these strategies proved to be limited, both qualitatively and quantitatively, as they were forced to operate within the strict general constraints allowed by legislation and collective bargaining at a national level<sup>470</sup>.

## 2. Actors in Collective Bargaining

### 2.1. Trade unions

As seen previously (§ 1.2.) the Italian system is based on the principle of trade union pluralism, which can be considered one of the effects of the principle of union freedom enshrined in the Constitution. Union pluralism in Italy features two main aspects: a) a more political aspect, despite its ideological origin; b) an organisational and professional aspect.

*Ideological pluralism was inherited from the period following World War 2. The trade union split in this period reflected the ideological and political distinction between the protagonists of post-war reconstruction: a strong Catholic party (the DC, or Christian Democrats); smaller Socialist parties (the PRI, or Republican Party; the PSI, or Socialist Party; the PSDI, or Social Democratic Party); and a strong Communist party (the PCI). This distinction was broadly reflected in the divide between the three major trade union organisations: CISL, a Catholic-liberal union close to the party in power (but which also featured various internal elements, not least the influence of the ideology behind US trade unionism – highly pragmatic and focusing on company-level bargaining rather than general strategies); UIL, which was close to the Socialist parties and their reform strategies; and CGIL, close to the major opposition party – of proto-revolutionary inspiration but in practice certainly reformist. CGIL, CISL and UIL still have the largest number of members and are the most popular unions at a national level. The most recent data is that provided by the unions themselves<sup>471</sup>, as there is no official body to certify the membership of the various unions, with the exception of the public sector. According to these estimates the three confederate unions have*

---

<sup>470</sup> See Albi 2001, 417 ff.

<sup>471</sup> Data available on official websites of the three confederations ([www.cgil.it](http://www.cgil.it); [www.cisl.it](http://www.cisl.it); [www.uil.it](http://www.uil.it)).

*had a constant increase in membership since the second half of the '80s (see Table I), although there have been profound differences in the various regions of Italy.*

*Unions of lesser importance include CISNAL (now called UGL), a confederate union originally close to the Neo-Fascist MSI party but which later emancipated itself ideologically and became more independent of the party, not least due to the ideological overhaul which resulted in the formation of a new Right-wing party – Alleanza Nazionale – repudiating any historical and ideological ties with the Fascist regime and the party inspired by it.*

A different concept from ideological pluralism is organisational and professional pluralism, as tangibly represented by a proliferation of aggregations, temporary coalitions and autonomous unions (in the sense that they are independent of official confederate unionism) which occurred from the '80s onwards. In this case, union pluralism is less inspired by ideals and more prosaically linked to the concrete issue of representing the interests of specific sectors. Although worker category-based unions had an increase in membership in the '80s and '90s, from data supplied by the unions themselves it emerges that in more recent years membership trends have been greatly affected by a reduction in the number of workers and the restructuring processes that have characterised certain sectors (see Tables II, III and IV).

A new development is undoubtedly the recent emergence of new territorial confederate union structures whose members, above all at a territorial level, are the so-called “atypical workers”: temporary workers, collaborators working on a single plan or project, occasional, semindependent or “*parasubordinati*” workers etc. (see also § 2.5.C). There have been growing numbers of these workers in various work environments (both private and public) since recent legislative recognition (and indeed promotion) of such types of employment (Law no. 30/2003 and Legislative Decree no. 276/2003). These various types of employment relationships have one feature in common: their temporary nature, that is, a lack of stability and therefore, from the union viewpoint, a substantial lack of security; it is this element which distinguishes these workers from the standard full-time permanent employees that unions traditionally proselytised and whose interests they defended. The organisational direction taken by the Italian unions in the last few years has consisted of creating associative structures (NIDIL-CGIL, ALAI-CISL, CPO-UIL) that operate at a territorial level and provide above all assistance and services to these kinds of workers, who often have the same experience of a non-job, poor income security, and great mobility between companies and sectors, involving serious social problems (such as difficulties in getting loans or signing rent contracts that require certain assurances, etc.). The organisation is territorial because it tends to associate workers on the basis of their “instability” in the labour market rather than that of stable, certain professional status, or a territorial projection of the same – which is just the opposite of Italian trade union tradition. It is the first example of a union trying to defend the group interests of workers who move about in the labour market, rather than in the employment relationship. The organisational weight and bargaining power of these unions is currently quite insignificant<sup>472</sup>, due to the fact that the workers they represent are economically weak, are doing

---

<sup>472</sup> No official data is available concerning union membership of workers in what is called “co-ordinated and continuative”, but not permanent, employment. The CISL, however, recently stated that ALAI, or the association of temporary workers and those in the new forms of flexible employment, had a 13,86% increase in membership in 2004 as compared with the previous year, reaching a total of

temporary jobs, and are easy to blackmail, and also that the protection afforded to workers in permanent employment (above all against unfair dismissal) does not apply to them. In these segments of the labour market there is also a prevalence of individual interests and forms of behaviour rather than collective solidarity.

An activity that has developed in the last few years is the stipulation of agreements concerning the regulation of minimum social rights in certain cases of specific protection provided for by law (wages, union rights, sickness and maternity leave, etc.)<sup>473</sup>. Of significance is the first framework agreement regulating employment in the non-profit-making sector, signed in 2000 ("Accordo quadro tra Federazione CDO "non-profit" e ALAI-CISL, CGIL-NIDIL, CPO-UIL).

Table I – CGIL-CISL-UIL membership from 1986 to 2004

| CGIL-CISL-UIL MEMBERSHIP IN ITALY |           |      |           |
|-----------------------------------|-----------|------|-----------|
| CGIL                              |           | UIL  |           |
| YEAR                              |           | YEAR |           |
| 1986                              | 4.647.038 | 1986 | 1.305.682 |
| 1987                              | 4.743.036 | 1987 | 1.343.716 |
| 1988                              | 4.867.406 | 1988 | 1.397.983 |
| 1989                              | 5.026.851 | 1989 | 1.439.216 |
| 1990                              | 5.150.376 | 1990 | 1.485.758 |
| 1991                              | 5.221.691 | 1991 | 1.524.136 |
| 1992                              | 5.231.325 | 1992 | 1.571.844 |
| 1993                              | 5.236.579 | 1993 | 1.588.447 |
| 1994                              | 5.247.231 | 1994 | 1.594.105 |
| 1995                              | 5.235.386 | 1995 | 1.579.097 |
| 1996                              | 5.209.296 | 1996 | 1.593.615 |
| 1997                              | 5.215.288 | 1997 | 1.588.270 |
| 1998                              | 5.249.010 | 1998 | 1.603.940 |
| 1999                              | 5.286.973 | 1999 | 1.758.729 |
| 2000                              | 5.354.472 | 2000 | 1.786.879 |
| 2001                              | 5.402.408 | 2001 | 1.796.746 |
| 2002                              | 5.460.532 | 2002 | 1.823.758 |
| 2003                              | 5.458.710 | 2003 | 1.869.478 |
| 2004                              | 5.587.307 | 2004 | 1.915.237 |

24.514 members. Of significance is the low numbers of voters in elections for the committee in charge of managing the separate welfare contributions fund, held in 2000. No more than 10.000 workers out of several thousands belonging to this category cast a vote. For a quantitative assessment of this category of workers following legislation to regulate their terms of employment, see Altieri, Oteri 2001, 3, 13 ff. Also INPS "Primo rapporto sul lavoro parasubordinato", March 2001. More recent data can be found in "Terzo rapporto sul lavoro atipico in Italia", IRES CGIL 2003.

<sup>473</sup> Cf. NIDL dossier, "Nessun lavoro senza diritti e tutele. La contrattazione di NIDL-CGIL nel lavoro tipico", 2003, for a description of certain emblematic cases.

| CISL |           | CGIL CISL UIL |            |
|------|-----------|---------------|------------|
| YEAR |           | YEAR          |            |
| 1986 | 2.975.482 | 1986          | 8.928.202  |
| 1987 | 3.080.019 | 1987          | 9.166.771  |
| 1988 | 3.288.279 | 1988          | 9.553.668  |
| 1989 | 3.379.028 | 1989          | 9.845.095  |
| 1990 | 3.508.391 | 1990          | 10.144.525 |
| 1991 | 3.657.116 | 1991          | 10.402.943 |
| 1992 | 3.796.986 | 1992          | 10.600.155 |
| 1993 | 3.769.242 | 1993          | 10.594.268 |
| 1994 | 3.752.412 | 1994          | 10.593.748 |
| 1995 | 3.772.938 | 1995          | 10.587.421 |
| 1996 | 3.837.104 | 1996          | 10.640.015 |
| 1997 | 3.856.334 | 1997          | 10.659.892 |
| 1998 | 3.909.796 | 1998          | 10.762.746 |
| 1999 | 4.000.524 | 1999          | 11.046.226 |
| 2000 | 4.083.996 | 2000          | 11.074.376 |
| 2001 | 4.117.700 | 2001          | 11.316.621 |
| 2002 | 4.153.139 | 2002          | 11.437.426 |
| 2003 | 4.183.128 | 2003          | 11.511.316 |
| 2004 | 4.960.937 | 2004          | 12.463.481 |

Table II – UIL membership 2004

| REGION                | UIL Membership 2004 | CATEGORIES                                   | MEMBERSHIP 2004 |
|-----------------------|---------------------|----------------------------------------------|-----------------|
| VAL D'AOSTA           | 2.485               | UIMEC                                        | 48.656          |
| PIEMONTE              | 136.514             | UILA                                         | 145.650         |
| LOMBARDIA             | 169.476             | UILCEM (Chemical, Energy and Manufacturing)  | 80.140          |
| TRENTINO ALTO ADIGE   | 21.519              | FENEAL                                       | 128.881         |
| VENETO                | 102.522             | UILM                                         | 91.110          |
| FRIULI VENEZIA GIULIA | 32.603              | UILTA                                        | 43.550          |
| LIGURIA               | 51.519              | UILCA (Credit, Tax Collection and Insurance) | 42.605          |
| EMILIA ROMAGNA        | 134.264             | UILCOM (Graphics, Show Business, Telecoms.)  | 37.212          |
| TOSCANA               | 68.123              | UILPOST                                      | 29.393          |
| UMBRIA                | 31.087              | UILTUCS                                      | 90.073          |
| MARCHE                | 43.837              | TRASPORTI (Transport Workers)                | 105.156         |
| LAZIO                 | 161.110             | UIL FPL (Health and Local Authorities)       | 188.473         |
| ABRUZZO               | 41.081              | OO.CC.                                       | 433             |
| MOLISE                | 10.911              | SCUOLA (Schools)                             | 62.091          |

|                 |                  |                         |                  |
|-----------------|------------------|-------------------------|------------------|
| CAMPANIA        | 155.306          | UILPA                   | 68.218           |
| PUGLIA          | 172.537          | PENSIONATI (Pensioners) | 532.653          |
| BASILICATA      | 28.767           | VARI (Various)          | 46.631           |
| CALABRIA        | 102.426          | IIª AFFILIAZIONE        | 174.312          |
| SICILIA         | 187.046          | <b>TOTAL</b>            | <b>1.915.237</b> |
| SARDEGNA        | 41.161           |                         |                  |
| VARI (Various)  | 46.631           |                         |                  |
| II AFFILIAZIONE | 174.312          |                         |                  |
| <b>TOTAL</b>    | <b>1.915.237</b> |                         |                  |

Table III – CISL membership 2004

| REGION           | CISL MEMBERSHIP<br>2004 | CATEGORIES                             | MEMBERSHIP<br>2004 |
|------------------|-------------------------|----------------------------------------|--------------------|
| LOMBARDIA        | 754.006                 | FNP                                    | 2.170.142          |
| VENETO           | 405.976                 | FPS                                    | 318.448            |
| SICILIA          | 358.804                 | FILCA                                  | 238.754            |
| EMILIA ROMAGNA   | 298.135                 | FAI                                    | 206.325            |
| LAZIO            | 285.469                 | CISLSCUOLA(Schools)                    | 206.250            |
| CAMPANIA         | 280.248                 | FIM                                    | 190.118            |
| PIEMONTE         | 278.676                 | FISISCAT                               | 170.458            |
| PUGLIA           | 264.152                 | FEMCA                                  | 136.098            |
| TOSCANA          | 223.328                 | PREADESIONI CISL                       | 107.098            |
| CALABRIA         | 169.615                 | FIT                                    | 103.590            |
| MARCHE           | 157.106                 | FIBA                                   | 83.759             |
| SARDEGNA         | 145.624                 | FLP                                    | 67.775             |
| LIGURIA          | 113.285                 | UGC                                    | 52.730             |
| FRIULI v. GULIA  | 109.180                 | FISTEL                                 | 52.099             |
| ABRUZZO          | 99.282                  | GIOVANI/DISOC. (Young/Unem-<br>ployed) | 47.239             |
| UMBRIA           | 80.736                  | CLACS                                  | 25.024             |
| BASILICATA       | 72.732                  | ALAI (flexible workers)                | 24.514             |
| ALTO ADIGE       | 55.173                  | FLAEI                                  | 20.341             |
| TRENTINO         | 35.334                  | FRONTALIERI                            | 10.367             |
| MOLISE           | 30.433                  | CISL UNIVERSITÀ (University)           | 10.282             |
| VAL D'AOSTA      | 30.110                  | SINALCO – VVF                          | 8.102              |
| MARITTIMI ESTERO | 7.178                   | CISL MEDICI (Doctors)                  | 6.337              |
| FNP ESTERO       | 6.355                   | FIR                                    | 3.632              |
| <b>TOTAL</b>     | <b>4.260.937</b>        | ASSOCIAZIONE QUADRI (Execu-<br>tives)  | 1.455              |
|                  |                         | <b>TOTAL</b>                           | <b>4.260.937</b>   |

Table IV – CGIL Membership 2004

| REGION           | CGIL MEMBERSHIP<br>2004 | CATEGORY                 | MEMBERSHIP<br>2004 |
|------------------|-------------------------|--------------------------|--------------------|
| PIEMONTE         | 378.793                 | FILCEA                   | 126.774            |
| VALLE D'AOSTA    | 12.228                  | FILLEA                   | 331.258            |
| LIGURIA          | 185.354                 | FIOM                     | 363.326            |
| LOMBARDIA        | 897.781                 | FILTEA                   | 118.719            |
| VENETO           | 375.553                 | FILCAMS                  | 307.778            |
| BOLZANO          | 30.286                  | FILT                     | 136.875            |
| TRENTO           | 38.438                  | FNLE                     | 40.811             |
| FRIULI V. GIULIA | 119.499                 | FUNZ.PUBBLICA            | 383.738            |
| EMILIA ROMAGNA   | 814.924                 | FISAC                    | 85.772             |
| TOSCANA          | 504.892                 | FLAI                     | 289.359            |
| MARCHE           | 180.520                 | SNS                      | 148.244            |
| UMBRIA           | 118.631                 | SLC                      | 91.580             |
| LAZIO            | 342.805                 | SNUR                     | 16.414             |
| ABRUZZO          | 117.814                 | NIDIL (flexible workers) | 18.640             |
| MOLISE           | 24.220                  | MISTE                    | 19.079             |
| CAMPANIA         | 328.332                 | SPI (Pensioners)         | 2.926.473          |
| PUGLIA           | 292.871                 | SPI PROVVISORIE          | 81.830             |
| BASILICATA       | 62.182                  | DISOCCUPATI (Unemployed) | 35.887             |
| CALABRIA         | 175.045                 | <b>TOTAL</b>             | <b>5.522.557</b>   |
| SICILIA          | 370.930                 |                          |                    |
| SARDEGNA         | 151.459                 |                          |                    |
| <b>TOTAL</b>     | <b>5.522.557</b>        |                          |                    |

### 2.1.2. Union Density

An important criterion commonly assumed to indicate the strength of a union is that of union density, that is, the rate of unionisation as compared with the total active workforce (thus excluding pensioners). Although membership data demonstrates an increase in the numbers of union members, it is possible to observe that this increase corresponds to a slow but inexorable decrease in the rate of unionisation. As a number of studies have shown, in the last twenty years – during which time globalisation has started to take effect – there has been a drop in unionisation in most countries. Italy is located at an intermediate level in this international picture of a decline in unionisation rates, with an estimated rate of about 34-35% of employees<sup>474</sup>, but the rate is still in decline with respect to the last twenty years: in 1980 the unionisation rate in Italy was 49-50%<sup>475</sup>, in 1990 it had already dropped to 38,8%, and in 1995 to 38, 1%<sup>476</sup>. From 1995 to 2002, therefore, the unionisation rate had experienced a –0,6% reduction.

<sup>474</sup> Cf. *l'OECD Employment Outlook 2004*, according to which the union density rate is about 34,9%; according to the European Commission Report *Industrial Relations in Europe 2004*, p. 19, on the other hand, the unionisation rate in 2002 was 34%.

<sup>475</sup> See Cordara 2000.

<sup>476</sup> See *Industrial Relations in Europe 2004*, 19.

A peculiar feature of the membership of the confederate unions in Italy is the number of members who are no longer working (not included in the unionisation rate). The slow drop in this rate corresponds, in fact, to an increase in membership among pensioners. Between 1980 and 1998 the number of active members decreased by 34,1% in CGIL, 29,8% in CISL and 7,5% in UIL (see Table V). The number of retired members, again between 1980 and 1998, rose from 24% to 55% in CGIL, from 14,6% to 50,9% in CISL, and from 5,8% to 26,8% in UIL. A slight countertrend has been observed in CGIL and UIL membership in the years 1998-1999. The overall balance between the drop in active members and the increase in retired members has been positive for the total membership of all three confederations, which have, in fact, seen an increase in their total numbers (as seen in Table I): the membership data for the three confederations after 2000 even corresponds, in some cases, to the highest numbers ever recorded.

Table V - CGIL, CISL and UIL membership – workers in employment (1980-1998)<sup>477</sup>

| Year    | CGIL       |       | CISL      |       | UIL       |      | Total      |       |
|---------|------------|-------|-----------|-------|-----------|------|------------|-------|
| 1980    | 3.495.537  |       | 2.611.710 |       | 1.268.823 |      | 7.376.070  |       |
| 1990    | 2.739.700  |       | 2.191.977 |       | 1.217.682 |      | 6.149.359  |       |
| 1991    | 2.720.276  |       | 2.242.965 |       | 1.213.720 |      | 6.194.961  |       |
| 1992    | 2.655.041  |       | 2.277.178 |       | 1.251.202 |      | 6.183.421  |       |
| 1993    | 2.540.437  |       | 2.164.001 |       | 1.231.134 |      | 5.935.572  |       |
| 1994    | 2.456.463  |       | 2.054.462 |       | 1.216.782 |      | 5.727.707  |       |
| 1995    | 2.387.820  |       | 1.956.753 |       | 1.187.434 |      | 5.541.007  |       |
| 1996    | 2.334.839  |       | 1.950.012 |       | 1.188.128 |      | 5.472.979  |       |
| 1997    | 2.288.042  |       | 1.883.271 |       | 1.169.833 |      | 5.341.146  |       |
| 1998    | 2.303.653  |       | 1.833.305 |       | 1.174.243 |      | 5.311.201  |       |
| 1980/98 | -1.191.884 | -34,1 | -778.405  | -29,8 | -94.580   | -7,5 | -2.064.869 | -28,0 |

A further countertrend concerns the increase in the unionisation rate among non-European workers. According to recent studies<sup>478</sup>, in fact, 237.000 immigrants were members of the three main confederations in 2001: 106.000 of CISL, 99.600 of CGIL and 31.400 of UIL. Assuming that these are prevalently working in regular employment, the data would appear to suggest a remarkable rate of unionisation – 45% of the total number of registered immigrant workers.

### 2.1.3. The pluralism/unity dialectics in the Italian system

The secularisation of ideologies and a real process of gradual independence of unions from political parties (above all after the '70s) has frequently raised the problem of the organic unity, or at least unity of action, of the three great confederations, an ideological distinction between whose views on general strategies and labour policies no longer has any reason to exist.

<sup>477</sup> Cordara 2000.

<sup>478</sup> Cf. second report by IRES CGIL, *Immigrazione e sindacato*, 2003.



*Seen through the lens of pluralism, the Italian trade union system, or at least the official confederate one, has thus witnessed periods of accentuation of the competitive pluralism between the large unions (in the '50s, early '80s and at the beginning of the present century) alternating with trends (especially in the early '90s) accentuating unity of action, giving rise to unified organisational practices such as elections for common representative bodies. There still remains, however, a certain distinction between the large confederations, in terms of dissent towards concrete policy and organisation decisions – which presupposes a different concept of union organisation and action – rather than abstract ideological opposition<sup>479</sup>.*

It cannot be denied, however, that confederate unionism has a natural leaning towards unity, with a consequent reduction in internal pluralism: given that it claims to provide unified representation of general labour interests and to be the only privileged interlocutor of governments and employers' associations, to concert social strategies and policies at a national or even supra-national level, it is fatally attracted to unity of action if not organic unity.

*This does not prevent occasionally different evaluations of policy or bargaining decisions from leading to historical phases in which diversity and lack of unity is accentuated. Under Mr. Berlusconi's second government in 2001-2002, for example, CISL and UIL showed greater willingness than CGIL to accept more normative flexibility regarding temporary, part-time and fixed-term employment, in exchange for legislative recognition of broader institutional participation by the union in regulation of the labour market (Delegate Law no. 30/2003 and Legislative Decree no. 276/2003).*

## 2.2. Employers' organisations

Employers, like workers, have their own separate representative organisations for the various sectors of the economy – employers' associations – which are organised at a territorial level.

The use of the term "association" rather than "union" is no coincidence, as it is a consequence of the different function the Constitution assigns to workers' organisations and employers' associations. The latter, in fact, are afforded less significant protection in the Charter, basically in Art. 18 which assures freedom of association and Art. 41, which guarantees the freedom to undertake private economic initiatives.

The first employers' organisations in Italy were founded at the beginning of the 20<sup>th</sup> century at the time of the industrial revolution and the initial development of metal and mechanical industries. On May 5<sup>th</sup>, 1910 the Confederation of Italian Industries (*Confindustria*) was born, with the aim of coordinating employers' initiatives in relationships with unions, the government and local administration at a national level.

*Today Confindustria is the main organisation representing manufacturing and service industries in Italy. It is a second-degree association (i.e. a federation of associations).*

Confindustria has a complex structure comprising both territorial and category-based organisa-

---

<sup>479</sup> Briefly it can be stated, for example, that the CISL prioritises member representation, whereas the CGIL promotes representation of all workers, whether they are members or not; the CISL is more inclined to support worker participation – both managerial and economic – in enterprises, whereas the CGIL is hostile towards it, etc.

tions. Firms become members by the intermediation of a vertical (territorial) or horizontal (category-based) organisation or both. Some territorial associations have greater weight in Confindustria, due to a governing body election system based on the contributions paid in by the various enterprises. The provincial associations of Lombardy (Assolombarda) and Turin, which represent the largest industries in the country, thus control a significant quota of votes in the national confederation. Territorial associations play a fundamental role in assisting firms during decentralised bargaining processes.

The most important employers' sector federations are *Federmeccanica* (the federation of metal and mechanical industries), *Assochimici* (the national association of chemical industries), *ANCE* (the national association of construction industries), *Assaeroporti* (the Italian association of airport management enterprises), and *Federpesca* (the national federation of fishing industries).

Together with Confindustria, the main employers' confederations in Italy are: *Confcommercio* (the general confederation of business and trade) and *Confagricoltura* (the general confederation of agricultural businesses).

In the sectors mentioned there are also minor organisations such as *Confapi*, whose members are small to medium enterprises, *Confesercenti* in the commercial sector, and *Coldiretti* (the Italian confederation of farmers) and *Confcoltivatori* in the agricultural sector.

Besides these associations there are others operating in specific sectors such as those involving cooperative enterprises and craftsmen and these differ according to their political leanings.

### 2.3. The role of government in the system of collective bargaining

The role of government in the Italian system of collective bargaining changes according to whether the sector being considered is private or public. Different considerations apply to social pacts at a central or decentralised level.

#### 2.3.1. Government and collective bargaining in the private sector

In the private sector the national government and regional governments have traditionally maintained a neutral role of non-interference in the development and consolidation of the system of collective bargaining, which has evolved through bilateral relations. This has not prevented representatives of the government (ministers, prefects) and also regional and local governments from being called upon by the social partners, at times of labour disputes at a national, company or local level that are particularly dramatic (for example, on account of their effects on employment rates), or hard to solve (e.g. the recent Fiat crisis), to voluntarily act as political mediators. Breakdowns in bargaining processes have thus been overcome thanks to the active involvement, as mediators, of public actors. This role has, however, never been formalised.

It should be added that up to the era of widespread privatisation of state-run enterprise – initiated by technical governments and put into effect by the centre-left governments of the '90s – the Executive played an important, albeit indirect, role in negotiations in the private sector. Government-controlled public company associations (Intersind, Asap) brought important disputes in strategic sectors to an early conclusion, thus paving the way for the settlement of similar agreements with associations of private employers. These associations frequently introduced models of industrial relations inspired by a philosophy of participation and avoidance of conflict which at times spread to the private sector (e.g. in chemical and petroleum industries); they also initiated

innovative contractual elements (e.g. changes to the system of professional collocation) which then became part of bargaining in private enterprise.

This guiding role by bargaining in public enterprise started to disappear as the process of privatisation progressed and the relative associations were dissolved.

### 2.3.2. Government and collective bargaining in public administration

As seen previously, from 1993 (Legislative Decree 29/93 and subsequent modifications) onwards, the system of collective bargaining in the public administration sector in Italy underwent a profound transformation (see § 1.1.2. and 1.2.2.) . Following the reform, the employment relationships of public sector workers, as well as the connected rules of administrative organisation, were regulated by the civil law code and the general rules governing labour in the private sector, with specifications contained in the public sector employment reform law; by the private-law collective agreement applied to the whole department; and by individual employment contracts. The collective department-based national contract (*contratto di comparto*) is not formally *erga omnes*, but has become so by virtue of normative expedients contained in the reform (the legal requirement of equal treatment for all employees and the institution of a public agency – ARAN – to represent public administration.) (see § 1.4.5.).

The government is only directly involved in bargaining concerning ministry employees, where its task is to earmark resources available for renewal of the contract and issue directives to the agency. It is the Executive that authorises ARAN to sign an agreement.

In other public departments (the health service, schools, local administration, universities, etc.) the government has a less direct role as ARAN is provided with directives by sector committees. These are organisms representing non-state public administration, which have the task of defining bargaining guidelines that ARAN is obliged to adhere to; they approve proposals arising from negotiations and authorise ARAN to sign agreements. Central policy on public expenditure and the resources transferred to the various public administration departments, as established by the government, do, however, indirectly influence bargaining policies in departments other than ministries.

### 2.3.3. Public actors in social concertation

Of primary significance is the role played by central government in social pacts at a national level, both taking part with its own resources in the political exchange and acting merely as a guarantor for the mutual commitments made by the social partners, or as an actuator of agreements reached, by means of appropriate legislative initiatives (bargained legislation). Although the role taken by the government in central social pacts remains significant, it changed during the various stages of centralized concertation (see § 2.4. and ff. below).

### 2.4. Social concertation

As mentioned (§ 2.3.3. above), concertation as a method for producing social policy has always been spasmodic and occasional in Italy, never having been stabilised in permanent institutions.

In the '70s and '80s, issues like pay mechanisms led to concertation sessions on specific topics (the sliding scale for cost-of-living adjustments) and rounds of legislative bargaining on social and labour issues involving the great confederations and the governments of the time (centre-left

coalitions, with the Communist Party, which was very close to the great CGIL confederation, forming the opposition).

#### 2.4.1. The '80s. Characteristics and contents

Above all in the '80s concertation agreements were based on precise, limited political exchanges between governments and unions (commitments by unions to contain pay rises in exchange for tax benefits in favour of labour, or greater resources for welfare services, for example), without giving rise to a regular, stable incomes policy. Throughout the decade, these agreements were of a spasmodic and ephemeral nature<sup>480</sup>. They never achieved stability or produced rules governing union relations; they at times caused a break between unions and separate agreements transposed into legislative norms were also contested by the Opposition, as happened with the sliding scale agreement in 1984: the law implementing it was the subject of a referendum to abrogate it, the outcome of which was negative.

#### 2.4.2. The '90s. Characteristics and contents

Social concertation in the '90s tended towards greater institutionalisation of the method but did not lead to stable, lasting structures.

In this phase the contents of concertation also changed: it was no longer a question of a political exchange between economic and social parties but witnessed the direct involvement of unions and employers' associations in a middle-term policy aiming to fulfil the economic parameters needed to join the single currency area. Unions finally abandoned wage mechanisms and agreed to confine bargaining on pay issues within government-planned inflation rates, thus contributing to the restoration of the economy. This acceptance of direct political responsibility by the social partners alongside the technical governments of the time, with a consequent growth in their political legitimisation, was favoured by the crisis political parties went through following the "Tangentopoli" affair.

Unlike the agreements of the '80s, social concertation in the '90s, in particular the Protocol on incomes policy and employment, contracts, labour policies and support for the production system of 23 July 1993 (see § 3.2. and ff below), directly affected the contract system because for the first time conventional rules were introduced governing the structure of collective bargaining, the relations between the various contract levels, the duration of agreements, bargaining procedures and representative bodies in the workplace.

In more recent years, not least due to promotion by EU institutions, the concertation method has been decentralised. It has, that is, been used with relative success at a local/territorial level. Territorial concertation in Italy has taken the name of "bargained planning" and has been achieved by means of special forms of economic intervention (territorial pacts, area agreements, planning agreements, etc.) to which legislation devoted specific normative regulations in the second half of the '90s. Beyond the technical and juridical features of the tools employed, what is important to point out is that they implement policies concerted at a local level not only on social, economic and employment-related issues, but also regarding town planning and public order. This takes

---

<sup>480</sup> Ghera 1999, 501 ff.

place with the active involvement of a variety of institutional actors (not only local government but also universities, chambers of commerce, prefectures, etc.) and social actors<sup>481</sup>. The aim of these pacts is to enhance territories (districts, provinces, and other economically homogeneous territorial areas) which are considered, in a context of global competition, to be strategic factors for the competitiveness of local enterprises. These local pacts – which often also contain provisions regulating employment relationships in the local labour market – give rise to a series of significant, far-reaching problems: territorial decentralisation of bargaining regulations on labour issues from the perspective of local labour markets causes problems of coordination between this new level and traditional collective bargaining at a national and company level.

An even higher level of institutionalisation of social concertation was attempted in 1998 with the so-called “Christmas Pact” which established rules regarding the way social dialogue was held at a central level: a distinction was made between issues regarding which the dialogue is only for advisory purposes and those for which it is obligatory for subsequent legislative provisions to be made; two annual concertation sessions were established; a procedure was established for the implementation of EU directives through collective bargaining, with the drawing up of a bill to give *erga omnes* effect to collective agreements resulting from the implementation of directives; social concertation at a decentralised territorial level was encouraged.

#### 2.4.3. Concertation at the start of the Third Millennium

The process of progressive institutionalisation of social dialogue was interrupted at the beginning of the new century when the centre-right government came to power.

In its policy statement the new government declared that it did not intend to proceed with institutionalisation of concertation with the social partners, preferring an occasional method of social dialogue on proposals it intended to make, focusing above all on liberalisation of the labour market and reform of the welfare state. The new government also inaugurated the practice of “asymmetric concertation”, that is, systematically limited to confederations willing to accept it and on issues that had not previously been agreed on with the confederations but chosen autonomously by the government. As regards legislative implementation of social policy, the government stated that it was not bound by previous agreements with the unions; the search for an agreement did not, therefore, exclude the possibility of its enacting unilateral legislative provisions on social and welfare issues. Lastly, the government excluded social concertation as suitable for taking initiatives that might directly or indirectly affect the collective bargaining system, thus recalling a collective laissez-faire ideology and paving the way for a season of decentralised bargaining and local concertation (see § 3.5. below) which might even set standards lower than those established by law and national agreements.

Many of the provisions of the sweeping labour market reform introduced by Legislative Decree 276/2003 and the law transposing the EU working time directive (Legislative Decree 66/2003) were coherently inspired by the aim of weakening the hold of unbreakable legal provisions and collective agreements, putting them in competition with other sources (individual contracts). The intention has not, however, yet been translated into an organic legislative policy aiming to reduce the representative role of unions and the coverage of collective bargaining. The government has

---

<sup>481</sup> Caruso 2001a; Regalia 2003a, 158.

therefore attempted to break down the trade union front but has not pursued openly neo-liberal, anti-union social policies.

It is not yet possible to evaluate fully the effects of this intervention; they do not seem, however, to have gained much favour, especially in the latter stages, even among employers' associations and enterprises, who are worried about the destabilising effects on the system of industrial relations and collective bargaining, and the situation of conflict that arose following the breakdown in unity of action by the unions, an aim the government only pursued in the first phase of its term of office. The model of asymmetric concertation followed by the government is today going through a phase of open, declared crisis: there has been a resumption of the season of inter-confederate bargaining on social issues (training) and bilateral concertation to call for measures to combat economic decline (research, the southern regions, productivity), from which the government is excluded<sup>482</sup>.

## 2.5. Other actors:

### A) Unitary Trade Union Representations (RSU Rappresentanze sindacali unitarie) in the private and public sectors

According to the model of "organised decentralisation" outlined in the 1993 Protocol (see § 3.3. below), the definition of the structure of bargaining implied formal recognition of the bargaining power accorded to what are called RSUs, or unitary trade union representations<sup>483</sup>. These bodies, elected by all the workers in a company (including non union members), or in a decentralised administrative unit in the public sector, are formally recognised as official interlocutors in bargaining processes, together with territorial-level union organisations (see § 3.4.). Recognition is granted by agreements in the private sector<sup>484</sup> and by law in the public sector<sup>485</sup>. This means that decentralised collective bargaining (at the level of a company or smaller administrative unit as opposed to a whole department) is handled jointly by territorial worker-category or department-level union organisations and the bodies elected by all the workers.

These accurately reflect the single-channel representation model traditionally prevailing in Italy, in which the body representing workers in the workplace is still formed "within" trade union organisations: when such bodies are voluntarily created, the unions forgo their right to form their own representative bodies. In this way, the united body combines representation of both the workers and the unions. Only when it is impossible to set them up (almost always due to disagreements between the unions, and a choice employers cannot interfere with) can the unions form their own representative bodies, called RSAs, or company trade union representations.

In the private sector, in order to ensure uniformity of approach between central and decentralised bargaining, the 1993 Protocol and union agreements provide for an electoral mechanism that favours coordination between the two levels (see § 3.4. below).

---

<sup>482</sup> Caruso 2005a; Treu 2005.

<sup>483</sup> See Para. 2 on union representation.

<sup>484</sup> Framework Agreement on Unitary Trade Union Representations, signed on 1 March 1991.

<sup>485</sup> Art. 42, Legislative Decree 165/2001.

Although decentralised bargaining is quantitatively limited in Italy (see §§ 4 and ff.), RSUs play an important bargaining and advisory role and at times take part indirectly in management of the health and safety protection system<sup>486</sup>.

In addition, the mechanism of shared bargaining power has not caused serious conflicts with external union organisations, with the exception of a few isolated cases; this can be accounted for by organisational reasons in the private sector: unions are in fact granted control of the workers' representation bodies. In the public sector, on the other hand, the greater autonomy RSUs enjoy as compared with unions does not correspond to a bargaining power at a decentralised level comparable to that in the private sector (see § 5.2.3 below).

#### *B) European Works Councils in Italy*

Transposition of the directive on EWCs was greatly delayed in Italy and was only achieved with Legislative Decree no. 74 of 2 April 2002, which was enacted just in time to avoid an appeal by the Commission to the European Court of Justice on grounds of non-fulfilment.

The process of implementing the directive was, however, rapidly activated by the social partners, with the stipulation of an inter-confederate agreement on 27 November 1996 between Confindustria, Assicredito and the CGIL, CISL and UIL union confederations, in the presence of the Minister for Labour and Social Security; the agreement transposed the directive via bargaining, thus paving the way for company-level agreements to set up EWCs long before the actual directive was transposed.

Until 2003 thirty-two agreements were signed in Italy, out of a total of about seven hundred in Europe as a whole<sup>487</sup>. There are, however, many multinationals in which it has not yet been possible to set up an EWC. The consultation of EWCs and the quality of the information they are provided with follows the general trend. It emerged from a recent conference that «in most cases works councils only succeed in obtaining limited, generic information which is often already in the public domain, and are held only once a year, without being followed by the consultative phase, which would after all prove to be useless. Although limited in number, there are companies which provide satisfactory previous information, but leave no room for consultation; only a very small number of EWCs are lucky enough to meet with a management providing adequate information and allowing delegates to express an opinion, which in many cases proves extremely useful to solve serious problems, especially regarding employment»<sup>488</sup>.

The operational difficulties experienced by EWCs are exacerbated by linguistic communication and management that is often hostile towards them. Sectors close to the unions demand modification of the EWC directive to impose and strengthen the rights it provides and require more active, direct involvement of EWCs in the social responsibility strategies pursued by companies<sup>489</sup>.

#### *C) Actors in bargaining in the independent worker sector*

In certain sectors of the Italian economy which feature a prevalence of independent workers

---

<sup>486</sup> Representatives responsible for security issues are often appointed among members of these bodies, thus instituting a second-degree representation mechanism.

<sup>487</sup> Stanzani 2003; Guarriello 2003.

<sup>488</sup> Santini 2003.

<sup>489</sup> Cf. Guarriello 2003.



(general practitioners, sales representatives and agents, investment consultants, domestic workers, etc.), there are collective economic agreements, national conventions signed and handled by category-based associations that follow the same logic as trade union organisations but enjoy much more volatile and virtual representation mechanisms and representativeness than the unions whose members are standard employees. The economic and normative significance of these agreements (juridically not quite the same as collective agreements) is not, however, negligible: it is usually taken as a point of reference by labour courts (who are also responsible for ruling in legal action brought by categories of independent workers) in not infrequent cases of dispute over remuneration.

Thanks to indirect normative recognition<sup>490</sup>, the great spread, above all in the late '90s, of workers other than classical standard employees (in coordinated and continuous but not permanent employment and, following the 2003 reform, project workers), led the large union organisations to introduce specialised representation structures to protect the specific economic and normative needs of these workers (above all, the need for stabilisation of non-permanent employment relationships). As mentioned in § 2., instead of including representation of these workers in conventional structures, the union confederations created *ad hoc* territorial structures (NIDIL, ALAI, CPO etc.) which organised them, irrespective of the sector they belonged to, on the basis of status (which in this case was not professional status but the non-permanent nature of their position in the labour market); this reproduced, as far as the organisation of representation was concerned, the dual interests (insider/outsider) germinating and emerging in the labour market.

### 3. Levels of Collective Bargaining

#### 3.1. Evolution of the structure of collective bargaining

The historical evolution of the structure of bargaining in Italy has alternated phases featuring the prevalence of centralised levels with others in which decentralised levels prevailed.

Following the corporative period, in the '50s, the need for reconstruction, the weakness of peripheral union structures, and the need for central coordination of policies to protect categories of workers and areas of the country that were unable to act autonomously, led to great centralisation, with a prevalence of inter-confederate agreements. It was only after reconstruction of the production system and the re-launching of the economy with the economic boom of the early '60s that collective bargaining took on a more complex physiognomy. The central role of the nation wide-sector based contract was asserted and later became the cornerstone of the Italian contract system. At the same time company-level bargaining began to spread, especially in more technologically advanced enterprises and state-controlled industrial sectors. A distinctive element of this phase was the connection between the two main levels of bargaining (national and company level): a single national collective agreement predetermined decentralised bargaining mechanisms in a relatively rigid and formal fashion. The system disappeared in the late '60s and early '70s with the period of industrial dispute known as the "hot autumn". The wave of worker demands which swept through companies in the centre and north of the country (and also the few industries of the south) practically overset the logic of the system: company-level bargaining became the new "driving force" while national-level bargaining was confined to what trade union

---

<sup>490</sup> See Law no. 335/1995 which extends a partial social security regime to these workers.



jargon termed as “chasing” and generalising what had been obtained in companies where the dispute had been more heated and the presence of the unions greater. This situation led to a replication of (autonomous) levels of collective bargaining and caused labour costs to spiral up to levels that were unsustainable for the competitiveness of Italian enterprises.

The change came in the mid '80s, when the confederate unions, employers associations and governments of the time chose to experiment with the concertation method: with the first significant tripartite agreements of 1983 and 1984, this method made a great contribution towards re-centralisation of the bargaining system. This was not, however, achieved in a systematic or organised fashion: it occurred progressively and on a *de facto* basis. It was not until the early '90s that a bargaining system governed by precise rules was created.

### 3.2. The structure of collective bargaining as outlined in the 1993 Protocol and wage policies

With the Protocol signed in July 1993, which is a sort of “constitutional charter for industrial relations”, the social partners regulated the structure of collective bargaining, giving rise to a model of “controlled and coordinated decentralisation”.

The agreement outlined a new system of collective bargaining, with explicit indications as to the relationships between the various levels of negotiation and their respective functions, making specific reference to the crucial node represented by the connection between wage policies and contractual levels. From this point of view, certainly the most innovative element of the Protocol was the agreement on a model of bargaining in which protection of the real value of wages was entrusted exclusively to periodical collective bargaining.

The nation wide-sector based contract was split into two parts, a distinction being made between the economic and “normative” contents of negotiation by the unions. To allow the national contract to perform its essential function of protecting the real value of salaries, it was established that the contract was to be renewed every two years. For the first two-year period account was to be taken of the planned inflation rate, so as to make salary trends consistent with the incomes policy agreed on by the government and the social partners. In the second 2-year period, upon renewal of the contract, salary increases were to be determined on the basis of any difference between the inflation rate planned and the rate actually recorded in the previous period.

The '93 agreement had a dual aim: from the macroeconomic viewpoint it was to favour wage dynamics commensurable with those of productivity, so as to avoid inflationary effects and foster economic development and better employment rates by supporting the growth of domestic demand; from the microeconomic viewpoint, it was progressively to shift wage increases and the introduction of flexibility policies from the centre to the peripheral sectors of the bargaining system.

### 3.3. The specific partitioning of competencies between the various levels in the private sector

The 1993 Protocol formally identifies two levels at which collective bargaining can legitimately take place – the national sector level and the company level – and, only as an alternative to the latter, at a territorial level, with coordinated, non-overlapping, and at times specialist competencies, above all as regards salary issues. It should, however, be specified that there are in reality three levels, a further one being inter-confederate bargaining, even though it takes the form of concertative tripartite, as opposed to direct bilateral, negotiation between the social partners.

Inter-confederate bargaining does, however, play an important role as regards important issues affecting workers in general (see § 5.2.1. below).

The Protocol gives explicit indications as to the competencies and functions of the two levels and the relationships between them. The national sector contract determines the modes and sphere of action of decentralised bargaining, even though in the spirit of current bargaining practice with particular reference to small enterprise. Sector-based agreements are also entrusted with establishing the issues with which decentralised bargaining is allowed to deal (see point 2.3, third para.), and the way in which the relative bargaining platforms are presented (see point 2.4).

To decentralised bargaining the Protocol – according to a *principle of specialisation and non-overlapping between issues previously defined at a higher level* - assigns “issues and institutes other than and not repetitive of those regarding remuneration, which are specific to the CCNL (or national sector contract)”, in particular, the awarding of pay rises linked to “results achieved in the implementation of schemes agreed on by the partners, the aim of which is to increase productivity, quality and other competitive elements enterprises have at their disposal, including productivity margins, which can be set aside following agreement by the partners, over and above any sums put aside to cater for salary increases provided for in national agreements, as well as results linked to the financial profit trend shown by the enterprise”. Decentralisation is thus accepted, but within the strict limits imposed by the national contract. It can thus be stated that the *non repeatability clause* certainly places a qualitative limit on decentralised bargaining but lays the foundations for a specialised role of decentralised agreements as opposed to category or sector-based ones as regards pay issues, and thus introduces a functional, rather than merely hierarchical, relationship between the two levels.

As far as pay is concerned, company-level or territorial bargaining, can only deal with issues linked to precise indicators of productivity, quality and company profitability: it cannot affect standard or minimum pay, which is regulated by the national contract.

The sector-wide contract also establishes the times at which decentralised bargaining can take place, according to a principle of autonomous bargaining cycles, even though the Protocol establishes that second-level agreements are to last for four years.

The significant decentralisation of bargaining is further confirmed by recognition of its responsibility for timely procedures of information, consultation and verification, as well as forms of bargaining contemplated by laws, national collective agreements, collective agreements and current bargaining practice “to cater for the social effects of transformations such as technological and organisational innovation and restructuring processes, which affect job security, work and employment conditions, not least in relation to the law regarding equal opportunities” (point 2.3, last par.). The provision is an extremely broad one as regards the type of activity it covers, its contents (as they do not exclude those with economic effects) and timing; the four-year duration is replaced by company-level bargaining when considered “necessary” by the partners. This leeway conferred on decentralised bargaining enhances its organisational and management functions and ensures its potential as a continuous negotiating process.

It should, however, be stressed that the reference to “actual practice” does not render the second level formally obligatory either for companies already involved in second-level bargaining or for those – especially smaller ones – that were previously excluded from this possibility, the consequence being that decentralised bargaining has continued, even in smaller units, to be controlled

by the interests and balances of the power relationships between the subjects involved in negotiations.

### 3.3.1. Levels of bargaining and responsibilities in the public sector

As seen previously, collective bargaining in the public sector is broadly regulated via legislation, even though the law (Art. 40, clause 3, Legislative Decree 165/2001) states that the different levels of bargaining and their respective responsibilities are to be freely regulated by bargaining itself.

Like the private sector, the system hinges round the national department-level contract (*comparto*), where departments mean homogeneous or similar sectors of public administration, as identified by an agreement between ARAN and the representative union confederations (Art. 40, clause 2 Legislative Decree 165/2001).

The law also expressly states the possibility of stipulating “framework agreements” that can be applied to a set of departments when uniformity is deemed appropriate by the social partners.

The law also establishes (Art. 40, clause 3, Legislative Decree 165/2001) that public administration can activate “autonomous levels of supplementary collective bargaining” for peripheral structures or locations (Art. 48, clause 8, Legislative Decree 165/2001). Decentralised bargaining cannot, however, establish its whole sphere of reference on its own: as the law states (Art. 40, clause 3), it has to refer to “issues that come within the limits established by national collective agreements, and take place between the subjects and apply the negotiating procedures laid down by the latter”.

In the public sector, therefore, collective autonomy once again determines the issues that the different levels of bargaining are responsible for, the only difference being that in this case it is the law that assigns collective autonomy this regulatory role in the contract system and, in the event of violation of the division of competencies outlined by the national department-level contract, it is the law that establishes the nullity of supplementary collective agreements thus stipulated. The partners are also entrusted with establishing the duration of agreements: in line with the provisions made in the 1993 Protocol, this is currently a four-year period for national collective agreements, with a two-year renewal as regards pay alone.

### 3.4. Co-ordination of Union and Employers’ Bargaining Strategies

The 1993 Protocol also contains a series of provisions identifying the actors, above all representing the unions, who are entitled to bargain at a decentralised level, as well as the procedures that are to be followed during second-level negotiations.

In order to ensure “better regulation of the system of industrial and contractual relations”, it formalises and confirms the mandate given by the three main confederations, in a framework agreement signed in 1991, to a single representative body (the RSU). The very way the RSU is made up, in particular the reservation that one third of its components are to be unions that signed the national collective agreement, appear to aim explicitly at assuring the necessary link between organisations stipulating national agreements and representative bodies within companies delegated by such agreements. In the private sector, uniformity between central and decentralised bargaining is guaranteed in the 1993 Protocol and union agreements by an electoral mechanism which “adjusts” the principle of pure proportionality in the sense that one third of

the delegates elected to the RSUs (whatever the result of the elections) are always certain to be members of the unions which stipulated the collective agreement (almost always unions belonging to the large confederations)<sup>491</sup>.

Coordination with the union bargaining at the second level is then reinforced by a further provision legitimising decentralised negotiation, “on issues specified” by the national collective agreement, by RSUs and territorial union organisations belonging to the unions which stipulated the national collective agreement, according to the modalities laid down in the relative contract.

There are also supplementary provisions regarding negotiating procedures in the contract system. The 1993 Protocol assigns national sector-level agreements the task of defining procedures for the presentation of national and decentralised platforms, and establishing when negotiations are to be opened up.

In the public sector it is the law (Art. 42, clause 7, Legislative Decree 165/2001) which entrusts RSUs with supplementary bargaining. As established in a 1998 framework agreement (Art. 5, clause 3), RSUs are flanked by the worker category unions that signed the national contract.

### 3.5. Recent debate on the contract structure reform “inherited” from the 1993 Protocol

Analysis of national agreements in the various economic sectors and areas has shown that some wide-sector-related issues have objectively limited the spread and regulatory function of decentralised bargaining, causing excessive centralisation and/or reduced the possibility of flexible treatment as regards pay and working conditions, even though the most strongly limiting factors are above all a widespread unwillingness among certain employers to apply the two levels of bargaining, along with power relationships that are favourable to them. Recently, however, it has been in these very sectors that the excessive centralisation of the system and its unsuitability for relating pay to company performance with a view to improving competitiveness has been criticised<sup>492</sup>.

It has, on the other hand, been pointed out that agreements renewed after the 1993 Protocol was stipulated regulated standard salaries, thus pursuing the objective of containing inflation rather than safeguarding their real value. Despite differences between sectors and historical periods, at the end of '98 gross salaries in manufacturing industries and the private sector as a whole (for regular employees, that is) were lower in real terms than they were in '93 and the overall pay dynamics were below, rather than in line with, productivity<sup>493</sup>.

At the beginning of the new century, therefore, confrontation between the two sides of industry regarding reform of the collective bargaining system as defined by the 1993 Protocol resumed, although it did not lead to significant results, at least, so far.

---

<sup>491</sup> See par. 2 where it is stated that «2/3 of representations are made up of members elected by all workers, and 1/3 by members appointed or elected by the organisations stipulating the national contract that have presented lists in proportion to the number of votes obtained». The contract thus imposes a mixed RSU composition divided between a certain number nominated by members of the worker category federations, according to their respective statutory norms, and another number of representatives elected by all workers. Cf. Monaco 2000, p. 245 ff.

<sup>492</sup> See Bellardi 2003, p. 17 ff.

<sup>493</sup> See CNEL Report 2000, *Le relazioni sindacali in Italia 1997-1998*.

Input for resumption of the debate was provided by the Government: its *White Paper* published in October 2001 recognised that this was an area to be regulated by the social partners, but urged for reform of the model defined in the 1993 Protocol. Stating that the 1993 model had “outlived the situation for which it had been devised” (p. 10), and that the relatively centralised structure outlined in 1993 “while contributing towards regulating macroeconomic consistency, it hinders the relative wage adjustments”, with negative effects for the reduction of unemployment (p. 60), the White Paper recommends a dual reform. On the one hand, a weakening of the role of the national contract, in the form of a sort of framework agreement guaranteeing minimum pay (a function carried out in other systems by minimum legal standards), which could also apply for periods other than the current ones, without two-year renewal, in compliance with government economic policy statements; and on the other, a strengthening of decentralised bargaining to make the pay structure more flexible and redistribute productivity in a framework of greater consistency in the pay rises collectively determined by inflation dynamics. The proposal to re-dimension the role of national agreements in order to strengthen decentralised bargaining did not, however, find favour with the social partners, as it neglected the problem of workers protected by higher-level agreements who were excluded from company-level bargaining. It is no coincidence that unions (especially CISL and UIL) theoretically in favour of reform of the 1993 setup with a view to strengthening decentralised bargaining (territorial or company-level) laid emphasis on this problem, going so far as to hypothesising a sort of obligation or requirement to resort to second-level bargaining. Enterprises, and especially *Confindustria*, were decidedly against this obligation. Also decidedly against any hypothesis of radical reform of the national contract was the CGIL confederation, which maintained the necessity of preserving a “resilient” national contract guaranteeing all workers, even those not covered by second-level bargaining, not only protection of the real value of salaries but also participation to a certain extent in increases in the average productivity of the worker category involved. Together with others, the confederation proposed rationalisation of national bargaining by progressively reducing the excessively high number of different national agreements, which no longer corresponded to the current production structure in Italy.

There was a difference of opinions among employers as well: whereas the association of mechanical enterprises (*Federmeccanica*) was clearly in favour of abolishing the national contract, *Confindustria* took a less radical stance, above all when new leadership showed a greater willingness to maintain the two-tier status quo. This stance appears to have been shared by most employers, at least according to the results of a 2002 survey involving a representative sample of 1100 employers. It emerged from the survey that over two-thirds of enterprises with more than 50 employees considered the national contract to be useful given the benefits connected with regulation of competition between enterprises concerning employment costs and conditions and its ability to stabilise industrial relations<sup>494</sup>.

Despite the debate and the various (at times conflicting) criticisms made<sup>495</sup>, as observed previously the model defined in the 1993 agreement remains essentially unchanged in both the private and public sectors. The only significant exception is the inter-confederate agreement in the craftsmen sector (850.000 companies, about 1,5 million employees), provisionally reached in late 2003

---

<sup>494</sup> See CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*.

<sup>495</sup> For references, see Napoli 2003, 353 ff.; Bellardi 2003, 17 ff.

without the approval of CGIL, and finally signed on 3 March 2004 by all three confederations and the four employers' confederations operating in the sector; although the agreement confirmed the role of national bargaining, it strengthened the trend towards decentralisation by entrusting territorial bargaining with the task of redistributing productivity benefits and bridging the gap between planned and actual inflation.

#### 4. Coverage of Collective Bargaining

No systematic analytical data is available concerning the coverage of collective bargaining in Italy. As regards above all decentralised bargaining the only studies available are out of date and limited to regional or territorial areas and do not apply on a national scale<sup>496</sup>.

##### 4.1. National bargaining at worker-category and department level

Nation wide-sector bargaining remains the most widespread form of negotiation in industrial relations in Italy<sup>497</sup>. National agreements continue to be renewed regularly with the exception of the public sector, where delays are due to the greater complexity of the negotiating procedure.

According to OECD data<sup>498</sup>, the coverage of collective bargaining is about 82,5%, which is in line with statistics in countries with similar unionisation rates (Denmark, Sweden, Norway) and those which, despite lower rates (France, Spain)<sup>499</sup>, feature extension of the legal effects of agreements. As recalled above (§ 1.4. ff.), due to the absence in Italy of a law which extends the personal scope of a collective agreement to non union members and regulates minimum pay standards, labour courts – following a constant trend since the '50s – have ruled in favour of the extension of pay standards set by collective agreements to non union members and above all in enterprises which do not belong to employers' associations and are thus formally not obliged to respect collective agreements. It should be added that legal norms providing financial aid and incentives for enterprises, and even legal regulations concerning public works agreements<sup>500</sup>, often condition access to the relative benefits by requiring companies to respect collective agreements. This has favoured the coverage of national agreements. As outlined above (§ 1.4.5.), in the public administration sector, regulated by the public employment law, the coverage of national bargaining at a departmental level is practically 100%, as in this case it is the law, via particular devices, that guaranties the *erga omnes* effect of the collective agreement in a single department.

To this should be added, however, the rather shadier area of the hidden economy, which is cal-

---

<sup>496</sup> Fabbri, Pini 1999, 296 ff.; Biagioli, Lugli, Tugnoli, 1996, 61; also D'Aloia, 2002, 219 ff. See also CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*.

<sup>497</sup> According to statistics provided by the national statistics institute, it accounts for 80 national sectors and 11.5 million out of a total of about 16 million employees. In 2002 34 national contracts were renewed, referring to 3,6 million workers, above all in manufacturing and construction (about 2 million). At the end of 2003, again according to national statistics, 57 national salary contracts were in force, involving 8,6 million workers (71,2%). In the same period, 19 national contracts involving 3,7 million workers were still waiting for renewal.

<sup>498</sup> Cf. *OECD Employment Outlook 2004*.

<sup>499</sup> In Italy, as seen above § 2.1.2., the average unionisation rate is 34-35%, including a large number of pensioners.

<sup>500</sup> See Art. 36 of the Workers' Statute (Law 300/1970); see also § 1.4.3.

culated to produce about one-fourth of the GDP in Italy. Excluding the grey area of irregular over-time, untaxed pay, etc., the estimated amount of totally irregular employment not covered by a contract is about 10% (excluding semi employees and the semi self-employed)<sup>501</sup>.

#### 4.2. Inter-confederate bargaining

Inter-professional bargaining at an inter-confederate level covers all employees in the form of framework agreements containing general norms concerning horizontal rules (see § 5.2.1 below). These agreements are reached at the highest level by all or the most important employers' associations and unions, at times with active mediation by the government. Although this bargaining is on private-law basis, the general significance of the interests involved ends up by extending the personal scope to more or less all sectors and worker categories, even though this is a *de facto* occurrence rather than an entitlement.

#### 4.3. Company-level bargaining

Company-level bargaining coverage is different. According to national statistics, decentralised company-level bargaining in the private sector accounts for about 40% of workers in companies with more than 10 employees and 60% in those with over 50<sup>502</sup>. A recent survey conducted by the Bank of Italy returned, on the other hand, an estimate of 80% in enterprises with a company contract. In the public sector, where decentralised bargaining was introduced by law in 2000, the coverage is about 90%<sup>503</sup>.

In general, although the 1993 Protocol confirmed the bipartite structure of the bargaining system, the company level cannot be said to have taken root. According to estimates, second-level bargaining in Italy covers at most 50% of the sector in which it is traditionally most widespread (metal and mechanical workers), the rate being much lower in other categories. Distribution is also uneven in territorial bargaining (more frequent in the centre and north, less so in the south and the islands) and in enterprises of different sizes (being essentially limited to medium-large enterprises). It is estimated that no second-level bargaining took place in the period under consideration in enterprises with fewer than 50 employees<sup>504</sup>.

According to a recent analysis based on Eurostat data going back to 1997 – which, however, considers second-level bargaining to be confined to about one-third of the total number of workers – estimates that it involves above all workers on higher salaries (see Table V). The coverage would appear to increase alongside worker income, on account of the fact that it takes place above all in larger enterprises, which despite similar employment conditions pay their workers higher salaries than other firms<sup>505</sup>.

<sup>501</sup> See CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*.

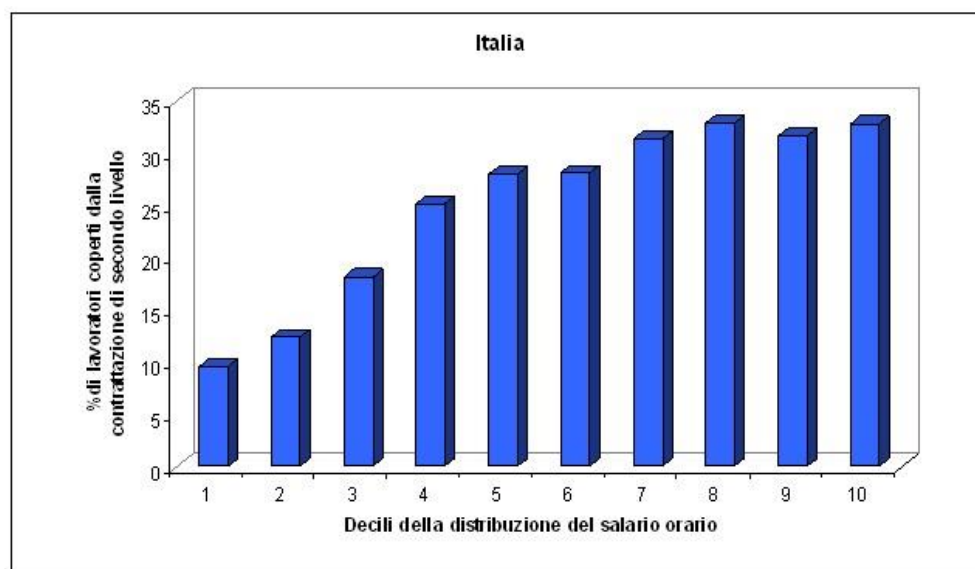
<sup>502</sup> Istat 2000, *La flessibilità del mercato del lavoro nel periodo 1995-96*, p.32; Pellegrini 2002, 117 ff.

<sup>503</sup> A *Federmeccanica* survey of a sample of associate enterprises in 1997 (*Federmeccanica* 1997) estimated that 45% had conducted bargaining at a company level. Birindelli, D'Aloia, 2002, 219 ff. estimate a coverage rate of between 60 and 80% of workers in industries with over 50 employees. A survey conducted in the Emilia Romagna region in 1998-2001 refers to company-level bargaining in about 200 enterprises operating in the food industry. They represent about 50% of all food industries with at least 20 employees, as confirmed by the last available census provided by Istat (1996). These companies employ about 75% of food industry workers in the region. See Pini, Tortia 2002, 133.

<sup>504</sup> Damiano, Giaccone 2001, 52.

<sup>505</sup> Boeri, *Contratti a chi serve lo status quo*, in [www.lavoceinfo.it](http://www.lavoceinfo.it), 19 July 2004.

Table V – Coverage of bargaining and salary levels



#### 4.4. Territorial bargaining

There is a total lack of data regarding the coverage of territorial bargaining (provided for by the 1993 Protocol as an alternative to company-level bargaining: see § 3.3. above) which takes place above all in sectors such as construction industries<sup>506</sup>, agriculture and crafts, as well as in regions such as Veneto, where a district economy is prevalent. According to some studies, it would appear in this region that the coverage of territorial bargaining is comparable to that of company-level bargaining, especially in service industries<sup>507</sup>. A CNEL report refers to about 571 agreements reached in 236 negotiations between 1996 and 2003<sup>508</sup>. Territorial bargaining is above all provincial, and in the crafts industries regional. As yet unprocessed data is also available concerning

<sup>506</sup> In this sector the coverage of territorial bargaining is estimated to be 40%.

<sup>507</sup> Regalia 2003b, 436.

<sup>508</sup> *Accordi per grandi Aree Territoriali*; CNEL Report 2004, *I lineamenti fondamentali della contrattazione territoriale contenuta nell'archivio del CNEL e la contrattazione territoriale nei distretti industriali*:

| Area                   | No. of Agreements | %        |
|------------------------|-------------------|----------|
| Centre                 | 131               | 23%      |
| North                  | 313               | 55%      |
| South                  | 127               | 22%      |
| Total                  |                   | 571 100% |
| Macro-area             | No. of Agreements | %        |
| Agriculture            | 177               | 31%      |
| OTHER                  | 13                | 3%       |
| Crafts                 | 104               | 18%      |
| Comm., Tour. and Serv. | 47                | 8%       |



bargaining in industrial districts<sup>509</sup>.

#### 4.5. Supplementary bargaining in public employment

A recent study of supplementary bargaining in the public administration sector between 1998 and 2001<sup>510</sup> shows that, unlike the private sector, it is almost universal, at least as regards worker coverage, even though the statistics may be adversely affected by the sample, in which smaller administrations (especially small local municipalities) are under-represented. This extension of supplementary bargaining can also be accounted for by the fact that national agreements in the public administration sector almost always refer to issues that require second-level bargaining, making it necessary if not obligatory.

### 5. Issues covered by Collective Bargaining

The contents of collective bargaining have evolved and been considerably enriched over the years. Its has evolved from its initial task of establishing essential employment conditions such as wages and working time, not covered by legislation on minimum salaries, to include items ranging from organisational processes, the work environment, professionalism, etc. to more general issues such as company policy and strategy. Items covered alongside these include assurance of the right to exercise bargaining power (union rights in the broad sense, information rights etc.), as well as more incisive union intervention in management of the labour market and participation in institutional activities or negotiations with political powers.

In general a distinction is made between the *normative* and *obligatory* parts of the collective agreement. The normative part refers to clauses destined to regulate and establish individual employment relationships between employers and workers covered by the contract but who did not actually sign it. This, in short, is the part of the contract which regulates wages, working time etc. Alongside this part, the obligatory part places a series of procedural obligations on the parties to the contract, regulating their future relationship or requiring commitment by both parties to adhere to the collective agreement<sup>511</sup>.

---

|              |     |       |
|--------------|-----|-------|
| Construction | 215 | 38%   |
| Industry     | 15  | 3%    |
| Total        | 571 | 100%. |

<sup>509</sup> For further details, see CNEL 2004, *I lineamenti fondamentali della contrattazione territoriale contenuta nell'archivio del CNEL e la contrattazione territoriale nei distretti industriali*, 51 ff.

<sup>510</sup> The sample included about 320 public administrations in various departments throughout the country (except schools, which were not involved in supplementary bargaining, and research, a sector in which a national contract had not yet been stipulated at the time of the survey). See also CNEL Report 2004, *I lineamenti fondamentali della contrattazione territoriale contenuta nell'archivio del CNEL e la contrattazione territoriale nei distretti industriali*.

<sup>511</sup> A classical example of clauses contained in the obligatory part of a collective agreement were called *truce* clauses, whereby unions pledged, for the duration of the contract, not to take strike initiatives on issues covered by the contract or to make claims before the contract expired, or clauses in which the parties create bilateral committees with members from both sides of industry. Today the labour market reform promotes these bilateral committees for purposes including regulation of the labour market (Art. 2, letter h, Legislative Decree 276/03) which affects employment relationships such as training, etc. Another example is *collective agreement administration* clauses, which are quite common and aim to achieve out of court settlement of collective or individual grievances concerning above all the interpretation and the enforcement of a collective agreement.

### 5.1. The “new” functions of collective bargaining

*From a different point of view, the contents of collective bargaining can be distinguished between on the basis of the function of the relative agreements. Theoretical debate on the topic has for some time now highlighted a progressive enrichment and diversification of the functions of bargaining, showing that in an evolving economic and social context it has come to involve issues in which it does not perform its traditional acquisitive function as regards wage increases and new guarantees, but rather “administers” risks a group of workers are exposed to. With increasing frequency in the last few decades, often thanks to specific legal delegation, collective bargaining has been entrusted with the additional task of collaborating in the organisation of labour and in particular handling company crises and the ensuing employment problems. The related concession agreements<sup>512</sup> and management agreements<sup>513</sup> (see § 1.4.4. above) were common in the '90s.*

### 5.2. Bargaining levels and specific contents

In the current situation it is possible to distinguish between collective agreements stipulated at the various levels of bargaining according to their main contents, thus demonstrating the existence of a sort of “specialisation”.

#### 5.2.1. Inter-confederate and inter-departmental agreements

In line with the setup outlined in the 1993 Protocol, inter-confederate bargaining continues to play a significant role, above all concerning incomes policy, in that it controls wage dynamics and orientates worker category negotiations.

Inter-confederate agreements from the late '40s onwards always concerned very general issues potentially involving workers belonging to all categories, not only the major issues of wage levels but also agreements regarding company committees (1943, 1947, 1953, 1966), paid leave (1948), individual dismissals and redundancy (1950, 1965 and 1983), equal pay for men and women (1960, 1961 and 1963), the normalisation of union relations (1964), training and work contracts (1985, 1986, 1987, 1988 and 1989), and reform of the bargaining and industrial relations system (1990).

The issues dealt with in the '90s focused above all on flexible work contracts (training and work,

<sup>512</sup> Forms of contract common in the '90s were *solidarity contracts* (governed by Laws 863/1984; 236/1993 and 608/1996), of which there were two versions: internal solidarity (to avoid collective dismissals) and external solidarity (to allow new workers to be hired) – whereby workers were bound to accept a reduction in their working time, and consequently wages; or contracts in which workers simply forwent expected or granted wage increases in order to enhance the competitiveness of a company in crisis; or again contracts in which they accepted increased working time with no overtime pay.

<sup>513</sup> Besides the *management contracts* mentioned in 1.4.4. we can mention company contracts involving significant welfare initiatives such as the setting up of funds for supplementary social security benefits. There are a number of other examples of collective agreements that fall into this category, above all because the management function is directly recognised by the law: they include contracts which remove a ban on fixed-term contracts in firms which have launched mobility or collective dismissal procedures in the previous 6-month period (Art. 3, clause 1, letter *b*) Legislative Decree 368/2001); those which establish the maximum number of workers who can be hired on fixed-term contracts in a given company (Art. 10, clause 7, Legislative Decree 368/2001); contracts covering variations in working time (called “elasticity clauses”), overtime and extra hours in part-time employment (Art. 1, clause 3 Legislative Decree 61/2001, as amended by Legislative Decree 276/2003); contracts legally authorised to extend temporarily the duration of previous coordinated and continuous but not permanent employment relationships in expectation of the introduction of a new type of “project” contracts (Art. 86 Legislative Decree 276/2003); or again contracts which define individual schemes for introduction to the labour market, which have replaced the old training and work contracts (Art. 55, clause 2, Legislative Decree 276/2003).

fixed-term, part-time – 1993 and 1995), the institution of RSUs (1994 and 1995), bilateral committees (1994 and 1995), health and safety in the workplace (1995 and 1996), transposition of the EU directive on EWCs 94/45/CE (1996), temporary labour supply contracts (1998), apprenticeship (1998), dispute settlement and arbitration procedures (2000), telework (2001).

Recent agreements refer to the definition of a new contract system in the crafts sector (3 March 2004), transposition of the European Framework Agreement on telework (9 June 2004: see § 8 below.), and finally the inter-confederate agreement on first-time employment contracts signed on 11 February 2004 by the three confederations CGIL, CISL and UIL and 22 employers' associations representing all types of companies and production sectors, stipulated in compliance with Art. 86, clause 13, Legislative Decree 276/2003.

Following the reform of employment in public administration, and in particular after 1996, there were a series of inter-departmental agreements, called *framework agreements*, again referring to issues involving all workers in the public sector (e.g. health and safety in 1996, leave of absence, entitlement to paid leave for union commitments and the setting up and operations of RSUs from 1997 to the present, telework in 2000, dispute settlement and arbitration in 2001 and 2003, guidelines for arbitration and settlement procedures to be inserted in agreements concerning essential services to be ensured in the event of strikes in 2001, etc.) or the bargaining system itself, for example agreements on the definition of departments and autonomous bargaining areas for executives in the public sector from 1998 to the present.

#### 5.2.2. Nation wide-sector and departmental (*comparto*) agreements

The national sector contract in the private sector and the departmental contract in the public sector are, as seen previously (§ 3.3. and 3.3.1.) the cornerstone of the Italian system, playing an essential role in determining wages and defining responsibilities in decentralised bargaining.

The contents of national sector bargaining have changed over the years due to structural and institutional factors – the new political framework and recent labour market legislation – that have contributed towards the emergence of new issues to be dealt with during negotiation.

Very briefly, with reference to a recent report highlighting the more innovative contents of collective bargaining<sup>514</sup>, the most important issues include the following:

- the model of industrial relations, which often favours concertation with the aim of implementing shared policies founded on consensus as a positive element to be pursued at the various levels, in a global system of industrial relations, establishing specific timing for information, consultation and participation;
- the institution and functioning of bilateral organisms which in the last decade have become part of almost all agreements and have various tasks ranging from an active role in management of the labour market to the realisation of new industrial relations, in order to facilitate ordered and correct management of union relationships within production units. Bilateral organisms have been entrusted with tackling various thorny issues emerging in the world of work, such as mob-

---

<sup>514</sup> For a detailed analysis of the contents of recent collective bargaining, see CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*.

bing and sexual harassment which have been added to some agreements even in the public sector;

- staff organisation and classification on the basis of professional skills, seniority, etc. Classification in some sectors (telecommunications, railways, metal and mechanical workers) has recently been broadened to allow for greater functional flexibility;

- wages;

- the duration of employment, in relation to which the new regulations set forth in Legislative Decree 66/2003 contain a number of references to collective bargaining, some authorising it to derogate significantly from almost all the provisions the same decree contains;

- “flexible” employment, which regulates – via a number of references in recent legislation (Legislative Decree 368/2001; Legislative Decree 276/2003) - various aspects of part-time, fixed-term, intermittent, shared, agency-brokered employment and telework (see § 8.2. below), and also training contracts;

- ongoing training and the right to study, often seen as ways to enhance competitiveness and meet workers’ retraining requirements with a view to helping them deal with increasing precariousness in the labour market;

- regulation of work by immigrants; this, however, is only regulated by worker-category bargaining in very few exceptional cases<sup>515</sup>;

- worker health and safety: numerous agreements now regulate or set up organisms and bilateral committees responsible for such issues;

- the work environment: from analysis of agreements there emerges a new awareness of the significance of quality of life in the working environment, a formula comprising protection of the personal dignity, fundamental rights and physical and mental health of workers. In this context phenomena such as sexual harassment and mobbing appear to be dangers potentially inherent to company organisation, to be dealt with by means of preventive measures;

- policies which have recently made an appearance, aiming at enhancing the environmental sustainability of production in sectors with a greater environmental impact;

- the regulation of extrajudicial dispute settlement, for example the obligation to attempt settlement, etc.

- the setting up and regulation of supplementary social security funds.

### 5.2.3. Decentralised agreements in the public sector

As seen above (§ 4.5.), national departmental agreements in the public sector contain a large number of items to be implemented in second-level bargaining, making it necessary although not

---

<sup>515</sup> See the recent contract *Ccnl Concia Confapi of 17 September 2003*, in which Companies, as advised by the RSU, are to evaluate, according to their production requirements, any requests from permanent non-European employees regarding participation in training courses, especially with a view to learning Italian, and problems related to being reunited with family members.

compulsory<sup>516</sup>, even though decentralised negotiating competencies in this sector are by no means comparable to those in the private sector (see § 3.3.), as the law itself sets a limit on the issues covered by bargaining, excluding those of wages and anything else that might indirectly affect the cost of labour (with the exception of staff classification policies). At any rate, the public system features shared bargaining rights that allow the unions to control decentralised bargaining dynamics<sup>517</sup>.

As regards the issues covered, the most frequent (91%) – both overall and in the individual departments, with a peak in the Health sector and an exception in the Ministries – is horizontal wage progression, followed by productivity and the distribution of resources for fringe benefits among the various items included in departmental agreements, vertical progression, staff evaluation criteria and systems, overtime, working time, staff numbers, etc.

As far as the relation to the size of administrations is concerned, there are significant differences regarding additional resources, organisational situations, equal opportunities and management economies, all of which are more frequently covered by bargaining in the larger administrations. Atypical contracts are covered by bargaining in administrations of all sizes.

#### 5.2.4. Company-level agreements

The issues most commonly dealt with by company-level bargaining<sup>518</sup> confirm its role as a fundamental tool in adapting the specific situation of an enterprise to external conditions (determined by both market competition and national rules and regulations) and in shared, bargained, management of this adaptation.

The three main issues most commonly addressed are, in fact, wages (since the 1993 Protocol attributes a central role in second-level bargaining to what are called “results bonuses”), models of participation and working time. As regards working hours, the most commonly addressed items are contracted working hour management, holidays and leave of absence, shift work and bargained flexibility on the basis of a multi-week timetable. As can be seen, bargaining always addresses either annual working time (in particular the first two) or flexibility and an increase in plant usage (in particular in relation to seasonal work). Reductions in working time are of a certain modest significance, but only in the trade sector and service industries. Flexible working time are also often considered as a significant trade-off in concession agreements attempting to offset the effects on employment of the economic crisis.

The other main element of flexible employment relationships, atypical contracts, is almost always included in the second group of the most commonly addressed issues. The forms of contract most commonly referred to in agreements in all sectors are part-time and fixed-term contracts.

It is also important to stress the significance in all sectors of professional training. This is a considerable achievement considering the importance attributed in recent years by governments

---

<sup>516</sup> Bordogna 2002.

<sup>517</sup> According to Bordogna 2003b, p. 446, in the public sector «there have certainly been frequent negative instances of improper application of certain institutions, in which expenditure constraints have to varying degrees been breached». Nevertheless, the decentralised bargaining system currently appears to be more rational than the informal uncontrolled mechanisms of the '80s.

<sup>518</sup> See CNEL Report 2002, *La contrattazione aziendale nel settore privato dell'economia*.

and social actors at a European level to ongoing education as a basic tool for workforce adaptability and thus employability.

An important role is also played by industrial relations issues in enterprises of almost all sizes: for example, the time at which enterprises provide unions with the information contemplated in national and company-level agreements is of greater weight in larger enterprises (at times being linked to restructuring and reorganisation processes and the related employment problems). The setting up of bilateral and joint committees usually has a more important role in larger companies. Of significance is also the weight of bargaining for union rights.

As regards the organisation of work, alongside the obvious bargaining on organisational change what appears highly significant in almost all sectors is the role of bargaining on outsourcing.

#### 5.2.5. Territorial agreements

Territorial bargaining, as contemplated by the 1993 Protocol, takes place above all in agricultural and construction enterprises, as well as crafts industries (at a regional level) since the inter-confederate agreement of 1992, commerce, tourism and the service industries.

The main contents<sup>519</sup> are wages and modes of participation in industrial relations, with particular reference to the setting up of bilateral and joint committees. As regards wages, performance-related bonuses, which are a common issue in company-level bargaining, started to spread after 1999 in territorial-level bargaining in construction industries and in part also in the crafts industries; their role in agriculture is, however, secondary. Other common issues are flexibility (both functional and employment-contract linked), the organisation of labour, professional status, working time and the work environment. Another item of a certain importance is “social issues”, which includes work by minors, the protection of certain categories such as the disabled and drug addicts, worker aid organisations, services such as accommodation, which is common above all in construction industries and agriculture, but to a lesser extent in crafts industries.

### 6. The role of collective bargaining in Transfer of Undertakings and in Collective Dismissals

#### 6.1. The Role of Collective Bargaining in Transfers of Undertakings

Italian law has evolved alongside EU regulations governing transfers of undertakings, including the obligation to consult workers (Art. 7 EC Directive 23/2001). Art. 47 of Law 428/1990, recently amended, states that the transferor and transferee are to give written notification of any planned transfer (even of a branch of a company) at least 25 days before the transfer deed is signed or a binding agreement between the parties has been reached, if this is prior to the former.

Notification must be sent to the respective RSUs or to the RSAs in the production units involved, as established by Art. 19 of Law 300, 20 May 1970. It must also be sent to national-category unions that stipulated the collective agreement in the enterprises involved in the transfer.

---

<sup>519</sup> For a detailed analysis of territorial bargaining, see the recent CNEL Report 2004, *I lineamenti fondamentali della contrattazione territoriale contenuta nell'archivio del CNEL e la contrattazione territoriale nei distretti industriali*.

If these workplace union representations do not exist, the enterprises are to notify the comparatively most representative unions: this can be done by the transferor and transferee via the employers' association to which they belong or which has a mandate to represent them<sup>520</sup>.

The following clause of Art. 47 states that on written request by the union representations or worker-category unions, made at the latest seven days after receipt of this notification, the transferor and transferee are obliged, within seven days of receiving the request, to activate a joint examination with the requesting unions. Consultation is considered to be complete if an agreement has not been reached after ten days of talks.

In the Italian system, therefore, transfers of undertakings require information and then consultation with the parties involved. The law refers to consultation as being compulsory: on request, the unions must be consulted. It is, however, evident that by consultation the law actually means bargaining activity: consultation can transform into negotiation and end with a formal agreement. As can be seen, therefore, the transferor and transferee are obliged to negotiate in good faith, if the workers representations and unions ask for consultation to be transformed into negotiation. Whereas consultation, and therefore indirectly negotiation in good faith, are compulsory, there is no obligation to reach an agreement: the law indicates a term after which the transferor and transferee may proceed with the transfer, even if the effects on workers, other than established by law, have not been regulated by a union agreement.

Any breach of the obligation to inform and consult the unions is dealt with by the anti-union behaviour procedure laid down by Art 28 of Law 300/1970 (Workers' Statute).

In practice, collective bargaining has frequently intervened to control the effects on workers involved in transfer operations, at times to specify or increase the protection they are afforded, as established by Art. 2112 of the Civil Code (amended by Art. 32 Legislative Decree 276/2003), in particular to maintain contractual benefits acquired even after the expiry of collective agreements; to insert guarantees of stability beyond those provided for by law<sup>521</sup>; to guarantee continuity in supplementary pension contributions specified in company agreements, etc.

It should, however, be pointed out that, unlike what happens with collective dismissals (see § 6.2. below), the law does not provide incentives for the conclusion of formal agreements regarding the transfer of undertakings. Any agreement reached is quite voluntary. This difference can probably be accounted for by the fact that the regulations governing the transfer of undertakings provide broad guarantees of job continuity for transferred workers, whereas collective dismissal regulations, which also require union involvement, only aim to attenuate the economic effects of dismissals<sup>522</sup> but do not provide any specific solution to protect the jobs of workers to be dismissed. Any solution aiming at reducing the number of dismissals is entrusted to collective bargaining, hence legislative support, basically economic, for the reaching of agreements (see § 6.2 below).

---

<sup>520</sup> The information is to concern: a) the date or proposed date of transfer; b) the reasons for the planned transfer; c) the legal, economic and social consequences for workers; d) any foreseen measures affecting workers.

<sup>521</sup> A 10-year employment protection clause regarding transfers to new companies was inserted into an important agreement in the credit sector: the 2003 S. Paolo IMI agreement concerning management of the Bank of Naples overbalance.

<sup>522</sup> This is provided through income support for workers made redundant: a mobility regime and redundancy payments.

#### 6.1.1. The case of airport services

Airport services are a significant case. In implementing EC Directive 96/67 on the deregulation of airport services, and in particular Art. 18 - which requires Member States, in respect of the general provisions laid down in the directive, to apply any measures necessary to guarantee protection of workers' rights – Italy introduced legal provisions offering workers better conditions than those established in the directive on the transfer of undertakings (2001/23/CE) and the general national provisions. Art. 14 of Legislative Decree 18/1999, enacted to implement EU directive 96/97, in fact contained a social clause guaranteeing stable employment for airport service workers by the new operators (in proportion to the activity acquired), entrusting bargaining with specification of the special clauses. Collective bargaining in the sector took advantage of this, even regulating the selection mechanism for workers to be transferred (similar regulations only apply in Italy to collective dismissals and not normally to the transfer of workers following a transfer of undertakings or a branch of a company).

In implementing Art. 14 of Legislative Decree 18/1999, greater stability clauses were added to company agreements (the commitment by airport service providers to re-employ transferred staff within a certain period of time in the event of dismissals by the new operators for economic reasons) and further economic incentives, besides accrued credits, for transferred workers.

Recently the European Court of Justice (ruling 9.12.2004 Case-C-460/02), following an appeal by the Commission, ruled against Italy on account of the fact that the greater favour regulations (Art. 14 Legislative Decree 18/1999) not only specifically formulated the notion of transfer of undertakings in a way dissimilar to the general provisions, but also tended to limit competition in the airport services market ( in contrast with Directive 96/97) by requiring new operators to hire a pre-established number of workers, thus increasing the costs for new enterprises and distorting the market.

In the future the ruling may affect the validity of union agreements to implement Italian legislation deemed to be in contrast with Directive 96/97, but not the results of negotiated agreements that comply with the legal provisions, declared to be illegitimate, and implementation agreements.

#### 6.2. The role of collective bargaining in collective dismissals

Following repeated, even recent, rulings against Italy by the ECJ<sup>523</sup>, in 1991<sup>524</sup> and 2004<sup>525</sup> provisions were enacted to implement EU directives regarding collective dismissals. The regulations govern the procedure of collective dismissals and, as in the transfer of undertakings, require unions to be informed and consulted.

Procedure is regulated by Arts. 4 and 5 of Law 223/1991, which require an employer with more than 15 employees to give prior written notification to the RSA (now called RSU) and worker-

---

<sup>523</sup> ECJ 6 November 1985, C-131/84; ECJ 8 June 1982, C-91/81; recently, ECJ 16 October, 2003, C-32/02 regarding the field of application of collective dismissal regulations to non-entrepreneurial employers.

<sup>524</sup> Law no. 223/1991 and subsequent additions.

<sup>525</sup> Legislative Decree no. 110/2004.



category associations belonging to the most representative confederations of the technical and organisational reasons for reducing staff numbers<sup>526</sup>. Scholars (*dottrina*) and the courts maintain that this information should be complete and appropriate for the opening up of negotiations with the unions. Union notification is followed by a negotiation phase which may take place, on the request of the unions, within seven days of receipt of the notification and must conclude in no more than 45 days.

The employer is to conduct negotiations in good faith, a lack of which is deemed to be anti-union behaviour, legally punishable under Art. 28 of Law 300/1970 (the dismissal may even be declared not valid).

The law openly states that the aim of negotiation is to reach an appropriate agreement on total or partial reductions in staff numbers.

If a formal agreement is signed – and this is the main difference between collective dismissals and transfers of undertakings, in which there is no support for the agreement – the employer will be granted relevant aid with the cost of dismissal and may also take advantage of normative benefits (s/he may assign not dismissed workers inferior duties, which is normally not allowed by Art 2103 of the Civil Code); it is also possible to introduce partial early retirement schemes combined with a reduction in working time (part-time) etc.

An important role is played by collective bargaining in identifying the criteria used to select workers for dismissal. The conflicting legally established criteria (technical, production-related and organisational reasons, number of family members, seniority) only intervene in the absence of alternative criteria introduced by the collective agreement. According to a Constitutional Court ruling, such agreements take *erga omnes* legal effect as they represent proceduralisation of the powers an employer is entitled to exercise (see also § 1.4.4.).

## 7. The Influence of European Law and the EMU on Collective Bargaining

### 7.1. The Euro and wage negotiations

The collective bargaining structure which evolved following the 1993 Protocol and the consequent policies for the control of wage dynamics via a system of organised deregulation, were due to the decision to meet the economic and financial parameters required to join the single currency system. These policies allowed the objective to be reached in 2002, the year the Euro was introduced. It cannot, however, be denied that the single currency objective pursued by political powers and the unions by means of the 1993 social pact significantly affected the wage issues addressed by bargaining policies in the following decade.

In Italy, as in most European countries, wage dynamics are controlled via sector-level bargaining, company-level negotiation having little influence (with the exception of sectors such as agriculture, territorial bargaining is also uninfluential); as seen above (§ 3.3.) this occurred in spite of the

---

<sup>526</sup> Notification must also include the number, position and professional qualifications of excess staff, as well as staff numbers usually employed; the time required to implement the mobility scheme; any measures planned to cater for the social consequences of implementation, etc. (Art.4 clause 3° Law 223/1991 as amended by Legislative Decree 151/1997)

fact that the 1993 Protocol had assigned this level the task of redistributing increases in company productivity<sup>527</sup>. The wage increase solutions used in the first half of the '90s were also highly conventional (fixed or presence-related bonuses). The turn of the century, on the other hand, saw an spread of wage increases linked to innovative models of participation and industrial relations (performance- and results-related, even though in the early stages there was a widespread trend towards reserving a certain fixed quota)<sup>528</sup>.

In short the 1993 Protocol can certainly be said to have favoured wage policies aiming to control income from employment, thus lightening costs for enterprises, bringing inflation under control and allowing Italy to enter the single currency<sup>529</sup>.

The single currency has not led, or at least not yet, to processes of supranational coordination of unions' wage and negotiating policies<sup>530</sup>. Nor do these processes seem to be currently affected by enlargement of the EU. Recently, economists<sup>531</sup> have cast doubt on the usefulness of reference to a planned inflation rate in contract renewals, despite its important role in reducing inflation in the '90s. They have suggested reference be made to "prices and salaries in the single currency area". The suggestion has, however, been accepted with great caution.

## 7.2. EU Law and collective bargaining

There are no systematic studies of the degree and quality of the influence of EU law on collective bargaining. Some observers doubt that EU law influence has led to greater deregulation of the collective bargaining system<sup>532</sup>.

As regards working time, prior to official transposition of the EU directive, which was delayed until the enactment of Legislative Decree 66/2003, collective bargaining, even at a company level, had frequently transposed the more innovative contents of the directive, above all concerning flexibility in working time; territorial bargaining was also significant in this area<sup>533</sup>. Company and territorial bargaining on working time was often experimental, in the attempt to tune the legislation subsequently enacted, skipping national sector-level bargaining. This level, not least due to its four-year expiry period, was therefore not able to take a guiding role in EU-inspired issues, and was thus transformed, in the best hypothesis, into ratification of experience gained at company level.

The same happened with part-time employment. National bargaining often delayed in adapting to EU regulations, and was overridden by company bargaining. National collective bargaining in fact maintained outdated specific provisions and did not implement the changes that had in the meantime been introduced into the normative framework (Legislative Decree 61/2000) to implement EU Directive 97/81. The only significant changes in national regulations were made in the

<sup>527</sup> In the 90s company-level bargaining only accounted for about 3-5% of overall wage agreements, with significant differences between companies. More recent estimates refer to about 7-10% of wages. CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*, 26.

<sup>528</sup> See CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*, 26.

<sup>529</sup> Mermet 2002, 39 ff.; Megale 2001, 163 ff: *Commissione Giugni per la revisione del protocollo del 1993*, Rome, 1998.

<sup>530</sup> See Sciarra 2002, 9 ff.

<sup>531</sup> Boeri, Bertola 2002, *A che serve il Tasso di Inflazione Programmata?*, in *www.lavoce.info*, 20 October 2002.

<sup>532</sup> Damiano, Giaccone 2001, 61.

<sup>533</sup> Ricci 2004, 146 ff.; Bonati 2004, 56.

commercial sector. It has been widely suggested that national bargaining should be confined to framework regulation of issues covered by EU rules, entrusting decentralised bargaining with the task of exploring new ways to implement the principles they contain.

Although recent legislation on working time and flexible employment (Legislative Decrees 66/2003 and 276/2003) aim to implement EU directives, they formally strengthen the responsibilities of decentralised levels but within a framework of overall weakening of the criteria governing coordination between the various levels.

In short, by favouring a certain amount of decentralised bargaining, community law has in some way contributed towards altering the relationship between the national and decentralised levels established by the 1993 Protocol, favouring second-level regulation.

It is discussed whether a possible impact of community law on industrial relations may derived from Directives 2001/86/CE and 2002/14/CE, respectively on the involvement and participation of workers in European companies and information and consultation in national enterprises.

As regards the collective bargaining system as a whole, the spread of forms of worker participation induced by secondary EU law may put some pressure on the role and space for collective bargaining but will not necessarily reduce it. As far as the effects of the structure and contents of bargaining are concerned, there may well be a further push towards decentralisation at a company level and attenuation of the more conflicting orientations.

Finally, as regards the impact of the system of worker representation, there may be a push in directives towards a dual representation mechanism, which would clash with the traditional single-channel system operating in Italy (see above § 2.5.)<sup>534</sup>

## **8. The Transposition of European Directives and the Agreement on Telework**

### **8.1. The transposition of EU Directives via collective agreements in the Italian system**

In Italy, the transposition of EU directives by means of agreements stipulated by the social partners has created a series of difficult problems given the persistence of limits – frequently recognised by the Court of Justice – regarding the lack in the Italian system of legislative and administrative mechanisms to extend the personal scope of collective agreements. As seen above (§ 1.4. ff), these limits derive from the existence of Art. 39, clause 4, of the Constitution, which was never implemented and which in fact makes it impossible to see the private-law collective agreement, with its limited personal scope, as a suitable tool for implementation of EU directives. Art. 137, par. 3, of the Treaty, in fact, in allowing member states to entrust the social partners with transposing directives, commits member states to adopt the “necessary measures” to “guarantee at any time the results imposed” by these directives. Hence the problem, because in the Italian system on the one hand the collective agreement is of no generalised personal scope, and on the other any legal intervention to extend the personal scope of collective agreements transposing directives would come up against the constitutional limit imposed by the failure to implement Art. 39, clauses 2, 3 and 4 of the Constitution.

---

<sup>534</sup> Bordogna 2003a, 107 ff.

Some experts, however, in relation to collective agreements which transpose European directives, foresee a generalised effect of such agreements, overcoming the obstacle deriving from the failure to enact the second part of Art. 39 of the Constitution. According to this thesis, when a member state decides to entrust the social partners with adapting domestic law to prescriptions laid down by European law, the collective agreement would be a highly appropriate tool for the transposition of European directives: like all tools used for this purpose it has to be characterised by the principle of effectiveness, and in this specific case by generalised extension of the personal scope<sup>535</sup>.

In the so-called “Christmas Pact” of 1998, the government and the social partners expressly declared that “concertation will also refer to the transposition of EU directives in relation to which the social partners have significant responsibilities as expressly foreseen by the social policy agreement now incorporated into the Treaty of Amsterdam”, emphasising that “agreements between the social partners are a priority tool for the government and Parliament to fulfil their European obligations, especially with reference to directives issued following social dialogue”<sup>536</sup>. The 1998 Pact thus seems to elude the question of the failure to enact Art. 39 clauses 2, 3 and 4 of the Constitution, by favouring, in principle, the bilateral bargaining option, and above all by inserting agreement between the social partners into the concertation procedure preceding legislative initiatives by the government. More precisely, the agreement is destined – as the Pact states – to regulate “the contents of government intervention: consequently provisions that the government is committed to enacting following this procedure would not merely be an extension of the effects of a transposing collective agreement, but regulation of the issue to which the directive refers “modelled” on agreement between the social partners<sup>537</sup>.

This model involving the social partners in the transposition of European directives was, for example, followed in 2000 when European Directive n° 99/70 on fixed-term contracts was transposed: the Labour Minister invited the social partners to start negotiations with a view to providing a “shared opinion” regarding the modalities of transposing the directive into the Italian system. Despite predictions to the contrary by the social partners, who expected an agreement to be reached in a short time, the negotiations were long and difficult and only ended – in a harshly polemical climate – in April 2001 with an agreement not signed by the CGIL. The final outcome was approval of Legislative Decree 368 of September 6, 2002, which enacted the agreement signed by the unions and thus transposed the European directive<sup>538</sup>.

## **8.2. The 2004 inter-confederate agreement transposing the European Agreement on Telework**

With an inter-confederate agreement signed on June 9 2004, and thus considerably early, Italy transposed the European Agreement on Telework stipulated on July 16 2002 by UNICE and UEAPME for private enterprise, CEEP for public companies, and CES for the union associations. This was the first European agreement reached on the basis of Art 139, par.2 of the Treaty, that is, the first “free” or not legally binding agreement, the transposition of which into the systems of the member states was left up to the initiative of the social partners, within the framework of

---

<sup>535</sup> See D’Antona 1998, 665 ff.; Lo Faro 2002, 220 ff.

<sup>536</sup> See Par. 2.6 of the 1998 Pact.

<sup>537</sup> Bellardi 2001, 87 ff.

<sup>538</sup> See Zappalà 2004, 98 ff.

their respective procedures and current practice.

In Italy before the inter-confederate agreement was signed, telework in the private sector was not subject to specific legislative regulations, being mostly regulated by agreements stipulated by the social partners. The same did not apply in the public sector, where Art. 4 of Law 191 of June 16 1998 legitimised recourse to telework in public administration. On October 24, 2002, ARAN and the public sector unions signed an agreement establishing the basic rules for assigning public sector employees to telework projects.

Already regulated by contract, as mentioned, telework was recently regulated by the 2004 inter-confederate agreement<sup>539</sup> signed by the most important national employers' associations<sup>540</sup> and the CGIL, CISL and UIL confederations. The agreement faithfully reproduces<sup>541</sup> the European Agreement. In general, Art. 11, clause 1, confirms existing collective agreements on telework, the limits and conditions of which continue to apply. This having been said, however, the agreement makes it possible for collective bargaining, at a level considered appropriate by the social partners, to supplement the principles and criteria established in the inter-confederate agreement in order to take into account the specific needs of the social partners interested in adopting telework. It is thus possible, via collective agreements signed at any level (national, territorial or company) to establish regulations which differ from those adopted in the inter-confederate agreement, as long as they are justified by specific company and/or territorial and/or sector requirements and naturally respect the non-regression clause. Par. 4 of the introduction to the inter-confederate agreement includes the non-regression clause typical of European-style regulations, according to which implementation of the agreement is not a valid reason for reducing the general level of protection workers are ensured of by its field of application. It should, however, be pointed out that the non-regression clause does not prevent national social partners from establishing provisions other than those included in the agreement as long as the minimum standards laid down there are respected.

As regards the effects of transposition of the 2002 Agreement in the Italian system, it should be noted that the solution of the cross sector agreement in fact limits the personal scope of collective agreements. The agreement on telework is a civil law agreement which has no generalised personal scope but exclusively concerns the employers and workers involved or who belong to the union associations signing the agreement. It should, however, be pointed out that the decision to transpose the European Agreement via an cross sector agreement signed by all the national employers' associations and thus destined to have a binding effect on almost all of the private sector in Italy, shows a clear intention on the part of the social partners to make as broad and general an implementation as possible of the provisions contained in the European Agreement

---

<sup>539</sup> See Gottardi 2004, 67 ff.

<sup>540</sup> Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apla, Casartigiani, Cia, Clai, Coldiretti, Confagricoltura, Concooperative, Confcommercio, Confinterim, Legacoop and Unci.

<sup>541</sup> The only part obviously modified is the one which in the framework agreement regulates its "enactment and subsequent verification" which in the inter-confederate agreement becomes "implementation and verification of the agreement".

## 9. Conclusion

### 9.1. Legal effects of collective agreements today. Prospects of reform

Despite repeated exceptions introduced by the law, the collective agreement remains the civil law source regulating employment relationships (see above § 1.1.1.). It is, however, a widespread opinion that it is a persistent institutional anomaly, above all due to two factors, the first a general one pertaining to the national system, and the second a more specific one involving the relationship with the European system. These factors would appear to suggest the appropriacy of legislative intervention to regulate the effects of collective agreements.

As regards the first factor, the functional overload of the collective agreement in the national system (the fact that it is assigned increasingly complex regulatory functions ranging from the labour market to supplementary pension contributions, from the reorganisation of public administration to the regulation of industrial action in public services, etc.) does not seem to be able to tolerate for much longer the lack of legal regulation of its effects and, to some extent, of the actors who bring it into being.

The tenure of the legal effect of the collective agreement in Italy is based, as has been seen, on a factual element external to its legal structure: what Italian scholars (*dottrina*) define as *effectiveness*. The term refers in particular to the persistence over time of certain historic features of the system of industrial relations, which all converge to guarantee the actual effectiveness of the agreement, the most important of which is the traditional unity of action between the most representative union confederations.

Up to the present this unity of action has ensured unified collective agreements and thus homogeneous regulation of employment relationships at a sector, territorial and company level. This has avoided both regulatory fragmentation, which would have implied overlapping and competing agreements in sector, territory or company, and the harmful effect of the attempt to set lower standards by autonomous unions, which could propose derogation agreements. On the contrary, employers have up to the present considered it to be more convenient to opt for the stability in industrial relations and homogeneous costs guaranteed by a single agreement.

However, if the unity of action should disintegrate, as it threatened to do between 2002 and 2003, when the confederations took different stances regarding the legislation enacted by the centre-right government (CGIL being hostile, whereas CISL and UIL were more willing to enter into dialogue), or as happened upon renewal of the metal and mechanical workers' agreement in 2003, the consequences for the legal effect of the collective agreement would be far-reaching. A possible result, which is what happened after the separate agreement signed by the metal and mechanical workers in 2003, would be a race to achieve better wage conditions and social upheaval.

Stipulation of the separate national agreement by the metal and mechanical workers – a sector which still has great symbolic importance in Italy, albeit less than in the past, risked reproducing the pattern of uncontrolled bargaining of the 70s, which the 1993 Protocol legally remedied by imposing coordination of the bargaining structure based on the hierarchical prevalence of the

sector-level agreement (see above § 3.2. and 3.3.)<sup>542</sup>. A break in trade union unity could also result in a proliferation of agreements based on derogations signed by smaller unions (called “pirate agreements”), the effect being social dumping and disarticulation of the bargaining structure<sup>543</sup>.

Today this risk seems to have been avoided. In 2005 the metal and mechanical workers’ unions presented a single platform inspired by the position of the FIOM-CGIL, based on a conflictual and non-participatory pattern of industrial relations which pursues worker welfare and safety by means of a high level of homogeneous, inderogable national normative and contractual standards. This position is currently shared by CISL and UIL, although their bargaining pattern is different, featuring more participatory relations, wages linked to productivity and company profitability, greater decentralisation at a territorial and company level and therefore greater differentiation between standards.

Faced with already evident resistance from employers towards renewing the agreement according to the modalities and traditional contents of the platform, disagreement between the unions seems destined to resume, with the risk of yet another separate agreement and renewed tension. It is therefore evident that the lack of a law regulating, on the basis of the principle of majority, disagreement between unions proposing different models of industrial relations, makes industrial relations as a whole more instable<sup>544</sup>.

The second factor, of a supranational nature, which suggests the appropriacy of legal regulation of the effects of the collective agreement, is the fact that this lack makes it impossible, in Italy, to apply secondary European law as established by Art 137 of the Treaty by means of the collective agreement (see above § 8.1.), and also makes it difficult to transpose “free” European Agreements stipulated according to the provisions of Art. 139 of the Treaty (e.g. telework § 8.2.).

Even for such a limited purpose normative intervention would be appropriate.

The greatest obstacle to legislative intervention (besides the hostility of the employers’ associations who prefer to maintain the *status quo* based on the de facto legal effect of the agreement) is the lack of agreement between the major union confederations, which already became apparent when the majority of the previous centre-left government supported a parliamentary bill. Today, as then, there is no agreement on either the *an* or *quomodo* of legislative intervention, above all as concerns representation and representativeness. Regulation of the legal effect of a collective agreement cannot, in fact, exclude regulation of the representative subject (trade union pluralism, the principle of majority, criteria of representativeness, etc.), as happened in public sector employment (see above § 1.2.2.). Regulation of the *status* of the collective agreement and the introduction of rules regarding the representation and representativeness of the social partners are two sides to the same problem.

Some confederations (UIL, and above all CISL) are traditionally opposed to outside intervention

---

<sup>542</sup> In fact, far from putting an end to the conflict and restoring the social peace pursued by the employers, the separate national contract led to unilateral resumption of the conflict at a territorial and company level by CGIL and its worker-category organisation FIOM, with a separate general strike in the sector in November 2003.

<sup>543</sup> Similar episodes occurred in the second half of the 90s (e.g. the UCICT-CISAL collective agreement which halved monthly salaries in the sector). The spread of the practice was avoided by strengthening the unity of action of the large confederations; cf. Lassandari 1997, 261 ff.

<sup>544</sup> Caruso 2005b, 75 ff.



for both ideological reasons (their support of voluntarism in industrial relations and a persisting associative concept of the trade union) and tactical contingent reasons (the desire to avoid exposure to inter-union competition based on a legislatively regulated rule of majority).

Another obstacle of a legal constitutional nature to the possibility of legislative intervention regarding the legal effect of the collective agreement and union representation is Art. 39 of the Constitution, (clauses 2, 3 and 4) which imposes a certain pattern of intervention by the law, considering all others to be unconstitutional.

Besides the objective obsolescence of the provision, above all in its technical details (the requirement for registration of unions, the ontological concept of worker categories) it is a widespread opinion among experts that the constitutional norm confines itself to sanctioning certain basic principles (the principle of majority to regulate pluralism, measurement of the representativeness of unions on the basis of the number of members and not only “open elections”). Accepting these impassable limits, a law inspired by these principles could be held compatible by the Constitutional Court even though the technical details mark a departure from the constitutional model.

The issue is an open one and is likely to reappear on the legislative agenda if the parliamentary majority and the current government should change.

#### 9.2. Recent labour market reforms

The rise to power of a centre-right government following the 2001 general election marked a profound change in the system regulating labour law in Italy.

The reforms were radical and introduced “in the name of Europe”. The government frequently expressed in official documents<sup>545</sup> its vision of the “modernisation” of Italian labour law, considered to be obsolete and no longer adequate for the requirements of a global market; it repeated that loosening the historically rooted normative rigidity was an aim to be pursued not with a view to free market deregulation but following the path laid down by the EES and “new generation” soft social policies. Concepts such as competitiveness, social dialogue, soft law, employability, entrepreneurship, subsidiarity, active society and workfare were often used to support the labour market reforms enacted and/or promised.

Debate about the result of the reform process is obviously complex and still ongoing. The reforms enacted cover a wide range of aspects: competitive reorganisation of the labour market and its governing institutions; the regulation of new types of flexible employment and a profound re-regulation of existing ones; reorganisation of working time, working and non-working time to implement the European directive; legal facilitation for economic operations involving outsourcing in certain phases of the production cycle; the introduction of a system of certification for the classification of flexible employment relationships and support for transactional activity in individual bargaining in order to re-dimension the role of industrial tribunals, judged to be excessively unbalanced in the favour of workers, and other aspects<sup>546</sup>.

As regards the system of collective bargaining, the agreement structure and union representation, the recent reforms seem to continue on from changes made in the 90s.

---

<sup>545</sup> Ministry of Labour and Social Policy, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, 2001, Roma.

<sup>546</sup> Caruso 2004a, 11 ff.



As far as the regulatory method is concerned, the “Italian style” is re-proposed: legislation does not use an organic union law to regulate the bargaining and representation structure. It does not intervene by regulating the basic structures of the union system, the autonomy of which it purports to respect<sup>547</sup>. It does not change the archetype: the reform is still inspired by the abstention of law, if not auxiliary legislation.

Intervention has, however, been indirect, frequent and fragmented, with a typically kaleidoscopic effect in the sense that each piece of the previous mosaic has undergone a shift, admittedly to a limited extent, but taken as a whole the picture has been significantly redrawn, as we shall see later (see below § 9.5).

The intervention, as will be seen, may have an impact on four fundamental aspects of the legal union system: the structure of collective bargaining with a direct incentive for greater decentralisation; the relationship between the law and the collective agreement, which becomes even more complex; the relationship between the law and the individual contract, which is given greater space; incentive for lack of united action by the unions and union relations that rely on the split between the great confederations and no longer presuppose unity of action by them.

#### 9.2.1. Institutional reforms: regional federalism

A further profound normative change concerns the institutional context of industrial relations: the 2001 constitutional reform<sup>548</sup> which considerably strengthened the competencies of the Regions in labour issues; today the Regions are also responsible for “protection and security in employment” (new Art 117, clause 3, Constitution).

It may well be that this change will in time affect the bargaining structure and the system of industrial relations. The constitutional reform has triggered off intense theoretical debate over both correct interpretation of the labour issues actually entrusted to the regions and, more generally, the relationship between federalism and labour law<sup>549</sup>; it has also led to significant intervention by the Constitutional Court regarding the latest government reforms, which according to some regions usurp their competencies in the light of the new constitutional provision<sup>550</sup>.

The most significant question at present is whether the new regional form the State has taken on in Italy will in some way affect the structure of collective bargaining and in particular the central role of the national sector agreement.

Since there does not appear to be a mechanical consequential link between institutional reforms in a federal sense and changes in the system of industrial relations<sup>551</sup>, the regional reform might favour, as it seems to be doing, a regional level of social concertation in relation to the more prominent role of regional governments which now have greater powers of intervention in the

---

<sup>547</sup> White Paper 2001.

<sup>548</sup> Constitutional Law 18 October 2001, n. 3.

<sup>549</sup> See Caruso 2004b, 801 ff.

<sup>550</sup> Constitutional Court ruling n. 50 2005.

<sup>551</sup> Caruso 2001b, 437 ff.

labour market; regional governments may, in fact, act with greater responsibilities and authority<sup>552</sup>.

Recent experiences have included regional territorial pacts signed after the constitutional reform, which are highly innovative as regards not only the methods and tools used but also their contents<sup>553</sup>.

Also worth mentioning is the inter-confederate agreement in the crafts sector<sup>554</sup>: although inspired by the bilateral setup of the 1993 Protocol, it redefines the relationship between the two levels, assigning the second territorial/regional level the task of 2-yearly recovery of the difference between real and planned inflation.

In the public sector constitutional reform may give rise to countertrends and highlight critical points above all in regional and local authorities “comparto”. Since early 2000, in fact, a general attempt has been made in this sector, above all with the aim of limiting public expenditure and thus the cost of labour, to contrast the trend towards decentralised negotiation determined by a drive for autonomy by decentralised actors trying to adapt the services offered to an increasingly diversified demand. The attempt resulted in the re-proposal of legal mechanisms for centralisation of the bargaining structure<sup>555</sup>.

The problem is whether the use of normative tools to support the re-centralisation of bargaining in the public sector is consistent with the new normative picture of relations between the state and the regions introduced by reform of Title V of the Constitution.

The new constitutional framework, in fact, raises the problem of whether it is still plausible for the law to impose on regions and local authorities the centrality and juridical primacy of the national department-level agreement over supplementary bargaining; also of whether the representation of ARAN (see above § 2.3.2.) is plausible in its current configuration as obligatorily representing all public administration in national bargaining. It seems evident, in fact, that the central control of resources destined for collective bargaining clashes with the principles of fiscal federalism.

The counterargument is that this persistence is justified by the fact that the national level of bargaining guarantees national homogeneity of treatment as regards social rights, the equalisation of financial resources or the economic and juridical unity of the country.

---

<sup>552</sup> Treu 2005.

<sup>553</sup> To mention but a few, see Abruzzo Concertation Protocol 2003; Concertation agreement Veneto, 2002 of a methodological character; Welfare system agreement Emilia 2003; Pact for development and social cohesion Emilia Romagna 2004; Pact for qualified development Toscana 2004; Development Pact Umbria 2002 with a prevalence of operational guidelines; Agreement on atypical work Toscana 2002; Agreement on development, employment and competitiveness Toscana 2003; Agreement on regularisation of irregular work Calabria 2002, agreements prevalently of a thematic nature. In <http://www.unicz.it/lavoro/BADACONTE.htm>

<sup>554</sup> The agreement concerns 850.000 companies and 1.5 million workers, stipulated by the four major employers' confederations in the sector (Confartigianato, Cna, Casartigiani, Claii), firstly, in late 2003, without the consent of CGIL, and then signed definitively by all three major confederations in March 2004.

<sup>555</sup> The 2002 budget (Art. 17 Law 448/2001) strengthened the role of the government alongside the competent sector committees, in supervising the financial implications of both national collective bargaining and supplementary bargaining.

Whatever the answer to this difficult choice is, it seems certain that institutional federalism is today a weakening factor affecting the centralisation of collective bargaining in the public sector.

### 9.3. Recent proposals aiming at rationalising and reorganising the structure of collective bargaining by means of centralised agreements

Since 1993 there have been no centralised agreements affecting the collective bargaining structure outlined in the Protocol (see above § 3.2. and 3.3.). In the late 90s a committee of experts was set up with the task of proposing the necessary changes to the social partners<sup>556</sup>. Their evaluation, which was basically positive towards application of the protocol, only proposed marginal improvements on the critical points which had emerged. The proposals were not, however, implemented, not least due to the instability of the centre-left government which was supposed to support them.

On coming to power, the centre-right government harshly criticised the 1993 protocol in its policy statement<sup>557</sup>, considering it to have outlived the conditions for which it had been conceived and recommending the streamlining of the role of the national contract in a sort of framework agreement guaranteeing a minimum wage (a task elsewhere covered by a legal minimum wage) with a different duration and no 2-yearly renewal. According to the government proposals, this evaporation of the role of the national contract was to correspond to a strengthening of decentralised bargaining, to make wage structures more flexible and redistribute productivity without overlapping with the higher level (see above § 3.5.). Consistent with this position was the proposal made by Marco Biagi before he was killed, of a model based on a single level of bargaining, at a national sector or company/territorial level, as chosen by the partners. In the model proposed in the *White Paper* the regional level gradually replaces the national level (in harmony with the federal reform) with the possibility of authorised derogation (the German corridor model) from the company or territorial subregional contract (and so coordinated, not radical decentralisation based on “protected derogability”). The government, however, declared that the reforms were to be pursued by means of a voluntary method and not via legislative intervention.

Similar proposals led to no results even in concertation. The 2002 Pact for Italy, which inaugurated the model of asymmetric concertation favoured by the government, that is, stipulated only with consenting confederations (above § 2.4.3.), does not affect the structure of collective bargaining and confirms almost the whole of the 1993 Protocol setup.

More recently (2004-05) the crisis affecting social concertation and the relations between the government and the large confederations, and even disagreement between the social partners as to how the structure of collective bargaining should be altered, have led to an impasse in the expectation of a new phase and a new political-trade union balance.

### 9.4. The trend towards decentralised bargaining

There have not been any recent trends towards unregulated decentralised bargaining in Italy. As mentioned previously, national sector and departmental agreements still have a central role; they

---

<sup>556</sup> Final report of committee investigating the Protocol of 23 July 1993, chaired by Gino Giugni, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1998, 3, 571 ff.

<sup>557</sup> *White Paper* 2001, 10 and 60.

are the pivot of a coordinated two-tier bargaining system. There have, however, been some innovations which may be considered as anticipating new trends or, on the contrary, self-contained phenomena which do not clash with the *status quo*.

Recent changes certainly include a rationalisation of the current structure centring on the national contract. This is the case of the optimisation resulting from incorporation of several sectors in a single category in departments (energy, telecoms, railways, credit) where privatisation is widespread. There have been mergers between previously differentiated sector agreements<sup>558</sup>, or the transformation of giant company-level agreements (e.g. Telecom Italia) into category agreements extended to employees of related businesses (the national telecoms services contract)<sup>559</sup>.

A symptom of the trend towards greater decentralisation is, on the one hand, the recent inter-confederate contract in the crafts sector (above § 3.5. and 9.2.2.) which, as mentioned, confirms the role of national bargaining but strengthens the trend towards decentralisation by giving the territorial/regional level both the task of distributing productivity benefits and that of recovering the difference between real and planned inflation.

On the other, the strengthening, via bargaining and now also legislative, of the role of bilateral decentralised bodies. These are voluntary organisms to which national agreements assign management and dynamic bargaining tasks (based on the concertation method), which are of increasing importance in market issues and active labour policies (see 2003 national contract in the tourism and commerce sector); the realisation of new industrial relations at the level of decentralised production units (metal and mechanical workers' contract, Confapi 2003); conflict prevention (railway services contract, 2003). Of interest also is the fact that bilateral decentralised organisms are also entrusted with handling delicate "new" issues such as mobbing and sexual harassment<sup>560</sup> or topics such as food safety and the social responsibility of companies<sup>561</sup>.

#### 9.5. The relationship between the law and collective agreements in recent legislative reforms

In the recent reform of the labour market (Legislative Decree 276/2003), working time (Legislative Decree 66/2003) and fixed-term contracts (Legislative Decree 368/2001), the law frequently entrusts collective bargaining with adaptation to flexibility, and the faculty to derogate from the law or to supplement it. There are several fundamental differences as compared with the past:

<sup>558</sup> This is the case of the first single contract in the energy and oil sector, Confindustria (2002) and the single gas and water utilities contract (2002). In the lubricants and liquid gas sector there was not a merger but a convergence with the chemical sector.

<sup>559</sup> The same happened in the railway workers' contract (16 April 2003) which no longer concerned only state railway employees but all workers employed in railway-related activities.

<sup>560</sup> Concia Confapi contract, 17 September 2003. A special committee to investigate the phenomenon of mobbing was set up; in addition, upon renewal of the contract for non-economic public bodies of 9 October 2003 and, in an identical text in Art. 6 of the contract for Ministry workers of 12 June 2003, as modified by a supplementary agreement of 16 July 2003. In both cases the partners express awareness of the increasing emergence of the mobbing phenomenon and set up a special committee to contrast the spread of the phenomenon. See Also CNEL Report 2004, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*, Rapporto 2002-2003, Rome, October 2004, 206 fs.

<sup>561</sup> Food industry workers contract, Confindustria 2003.

a) At times it is the law itself that that derogates from previous standards and so collective bargaining is only given the power to adapt lower legal standards and not to derogate from them. In certain cases (e.g. job sharing) collective bargaining has no power to deviate from legal standards; in others its intervention is limited within a mobile legal framework ranging from a maximum to a minimum (duration of apprenticeship contracts).

b) The national sector contract is no longer the main point of reference for the law: with increasing frequency company and/or territorial agreements are mentioned, thus potentially putting the two in competition with each other. Decentralised bargaining is allowed to adapt normative flexibility, or derogate from legal standards. In this case there is an evident legal incentive for decentralised bargaining and disarticulation of the coordinated system introduced by the 1993 Protocol<sup>562</sup>; the risk is one of potential uncontrolled and uncontrollable conflict between the different levels.

c) The union actors in authorised derogation and flexibility bargaining are not necessarily “all” the most representative or comparatively most representative unions (according to the previous formula) but may be “only some of them” as long as they are comparatively representative, even if they actually represent a minority of workers (union and non union members).

d) More often than in the past, the law grants unions powers of intervention in issues regulated by law, but only on condition that these powers are actually exercised. This is a proposal, at a national level, of the European institutional social dialogue model, or “bargaining in the shade of the law”: if a provision needs supplementary bargaining to become effective, the failure to exercise this faculty (because the partners do not wish to or cannot reach an agreement) authorises the government to intervene in their stead with administrative acts<sup>563</sup>.

e) Several provisions (e.g. regarding part-time work and working time) put the collective agreement in competition with the individual contract, making it possible for the latter to intervene in the absence of the former. The individual contract thus becomes a “supplement” in the event of a lack of a collective agreement. Once again this is seen as unfair competition because employers may be tempted not to sign collective agreements, or not to respect their legal effect in order to access the resources of individual bargaining. Previously individual bargaining (e.g. in elastic clauses and supplementary work in part-time employment) still fell into the safety net of the collective agreement. In other cases, the relationship between the law and individual bargaining is direct, with no mediation by the collective agreement and the former can legitimately set lower standards with respect to the latter<sup>564</sup>.

f) The law regulates a wide variety of new bargaining models concerning flexible employment (on-call employment, various kinds of training contracts, job sharing, staff leasing) and other more traditional kinds such as fixed-term contracts agency work are more readily accessible for firms. Others again such as part-time are made even more flexible. The evident aim is to allow companies easier access to flexible hiring. The attempt is to encourage the creation of new, essentially flexible, jobs by allowing firms to choose between different, non-standard forms of employment.

---

<sup>562</sup> As regards working time, intermittent work (an Italian version of jobbing), part-time work and apprenticeships.

<sup>563</sup> As regards intermittent work, insertion contracts, working time and rest periods.

<sup>564</sup> For disadvantaged workers on labour supply contracts it is possible to derogate from the principle of fair treatment.

But at the same time it is made more difficult for firms to hire workers on a semi- freelance basis (via the project collaboration contract).

g) In some cases there is an overlapping between activities assigned to collective bargaining and those assigned to bilateral concertation bodies (e.g. in insertion contracts).

h) The reform sketches out a procedure of “assisted wishes”, that is, a worker may, in suitably certified circumstances, not only enjoy acquired rights but also adapt his working conditions by derogating ex ante from the application of certain otherwise inderogable norms. There has been such uncertainty regarding this point on the part of legislators that the provisions have been repeatedly manipulated and modified, to the extent that any possibility of interpreting them as allowing for preventive derogation from inderogable norms on the drawing up of a contract, even with suitable certification, would appear to be excluded.

Further demonstration of the complexity of legislative intervention to redefine the relationships between the sources is given by provisions which follow the more traditional lines of the Italian system: (pleonastic) provisions which allow a contract to set better conditions than legal standards<sup>565</sup> or lower than standard conditions (job sharing and labour supply); provisions which require the intervention of collective bargaining to authorise employer activities (without the possibility of ministerial intervention)<sup>566</sup>; provisions which give the collective agreement a merely supplementary function with respect to the law<sup>567</sup> and provisions which extend the effect of the contract *ultra vires*<sup>568</sup>; legal provisions which, on the other hand, are merely supplementary in the event of lack of a collective agreement<sup>569</sup>; provisions which only give bargaining the opportunity to adapt the constraints on employers and workers’ rights (e.g. weekly rest periods).

In some parts of the most recent legislation collective bargaining has a general task of fine tuning the legislative reform, which would appear to exalt rather than re-dimension its role<sup>570</sup>.

In short, following the recent reforms the interweaving of the law and the collective agreement seems to be even more complicated than in the past, with even more overlapping layers, and not devoid of contradictions, which has led to widespread uncertainty and a consequent state of expectation among the actors involved.

This has affected collective agreements stipulated after the recent reform came into force: they have often included merely transitory provisions, in some cases eliminating those which referred to the previous legislative framework, in others provisionally confirming the old rules.

Where agreements have applied the new legal rules, there are frequent cases in which employers, instead of exploiting the new flexibility of resources offered by law, have preferred either not

---

<sup>565</sup> Project and intermittent work.

<sup>566</sup> Fixed-term labour supply, part-time and staff leasing.

<sup>567</sup> Labour supply and intermittent work and also working time.

<sup>568</sup> Labour supply, apprenticeship, profit-sharing.

<sup>569</sup> Job sharing.

<sup>570</sup> Inter-confederate collective bargaining is also explicitly assigned the general role of “fine tuning (...) Legislative Decree 276/2003, including the transitory regime” (Art. 86, clause 13); a not well-specified verification in collaboration with the unions (which could also take on the form of negotiation) is entrusted with applying whole parts of the decree defined as “experimental” (Art. 86, clause 12).

to use them at all (especially as regards the new types of flexible work), or to apply more restrictive regulations than those established by law<sup>571</sup>.

The overall risk, therefore, is that many of the legal provisions are not being applied, either due to objective technical uncertainty regarding their application or because the actors who should act to make them operational (the social partners and regional legislators) are waiting for the new legal framework to settle down.

## 10. Bibliography

Albi P. (2001), *La contrattazione sindacale nella programmazione per lo sviluppo*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, p. 417 ss.

Altieri G., Oteri C. (2001), *I lavoratori atipici: analisi e prospettive*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2001, 3, p. 13 ss.

Bellardi L. (2001), *Istituzionalizzazione e(in)stabilità della concertazione sociale*, in *Argomenti Diritto del lavoro*, n. 1, p. 87 ss.

Bellardi L. (2003), *Dal Protocollo del 1993 al Libro Bianco: nodi critici e ipotesi di riforma della struttura contrattuale*, in *Economia & Lavoro*, 2003, p. 17 ss.

Biagioli M., Lugli L., Tugnoli S. (1996), *La contrattazione aziendale nella prima metà degli anni Novanta: una riflessione a partire dall'Emilia Romagna*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, p. 161 ss.

Birindelli L., D'Aloia G., (2002), *Produttività e politiche dei redditi*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 4, p. 59 ss.

Boeri T. (2004), *Contratti a chi serve lo status quo*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 19 luglio 2004.

Boeri T., Bertola G. (2002), *A che serve il Tasso di Inflazione Programmata?*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 20 ottobre 2002.

Bonati G. (2004), *L'orario di lavoro nella contrattazione territoriale*, in *Guida al lavoro*, n. 1, p. 56 ss.

Bordogna L. (2002), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Franco Angeli, Milano.

Bordogna L. (2003a), *Aver voce in capitolo. Società europea e partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, in Bordogna L., Guarriello F. (a cura di), Edizioni Lavoro, Roma, p. 107 ss.

Bordogna L. (2003b), *Il decentramento della contrattazione collettiva nel settore pubblico: opportunità, condizioni e possibili effetti inattesi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, p. 446 ss.

Caruso B. (2001a), *Decentralised Social Pact: Trade Unions and Collective Bargaining, - How Labour Law is Changing, in Toward a European Model of Industrial Relations*, M. Biagi (ed.), Kluwer.

---

<sup>571</sup> E.g. terms of fixed-term contracts in the tourist sector, where the previous hypotheses have been redefined, and the university contract, where the terms holding prior to the reform have been confirmed.

- Caruso B. (2001b), *Federalismo e struttura della contrattazione collettiva: appunti di metodo*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, p. 437 ss.
- Caruso B. (2004a), *Flexibility in Labour Law: the Italian Case*, in Caruso, Fuchs (ed.) *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, p. 11 ss.
- Caruso B. (2004b), *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *Argomenti Diritto del lavoro*, n. 3, p. 801 ss.
- Caruso B. (2005a), *Ascesa e crisi della concertazione asimmetrica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, di prossima pubblicazione.
- Caruso B. (2005b), *Verso un insolito (evitabile?) destino: la post democrazia sindacale*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 1, p. 75 ss.
- CNEL (2000), *Le relazioni sindacali in Italia 1997-1998*, n. 32, Roma.
- CNEL (2002), *La contrattazione aziendale nel settore privato dell'economia*, Roma, gennaio 2002.
- CNEL (2004), *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo*, Rapporto 2002-2003, Roma, ottobre 2004.
- CNEL (2004), *I lineamenti fondamentali della contrattazione territoriale contenuta nell'archivio del CNEL e la contrattazione territoriale nei distretti industriali*, Roma, marzo 2004.
- Cordara L. (2000), *La sindacalizzazione*, in *Le relazioni sindacali in Italia, 1997/98*, Cnel-Cesos.
- D'Aloia G. (2002), *La contrattazione aziendale nell'industria manifatturiera nel periodo 1996-2000*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 2, p. 219 ss.
- D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 4, p. 665 ss.
- Damiano C., Giaccone M. (2001), *Le prospettive del sistema contrattuale italiano*, in *Economia & Società Regionale*, n. 3, p. 52 ss.
- European Commission (2004), *Industrial Relations in Europe 2004*.
- Fabbri R., Pini P. (1999), *La recente contrattazione aziendale sul premio di risultato nelle imprese del territorio di Udine*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, p. 296 ss.;
- Federmeccanica (1997), *Ventiduesima indagine annuale sull'industria meccanica*, Roma.
- Ghera E. (1999), *La pratica della concertazione in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, p. 501 ss.
- Gottardi D. (2004), *Il recepimento dell'accordo quadro europeo sul telelavoro*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, n. 8-9, p. 67.
- Guarriello F. (2003), *Approfondimento giuridico sull'applicazione della direttiva*, relazione al convegno "Comitati aziendali europei. Bilancio dell'esperienza dalla direttiva 95/45 ad oggi", sul sito [www.uil.it/cae/](http://www.uil.it/cae/).
- INPS (2001), *Primo rapporto sul lavoro parasubordinato*, Marzo 2001.
- IRES CGIL (2003), *Terzo rapporto sul lavoro atipico in Italia: verso la stabilizzazione del precariato?*, a cura di Altieri G., Oteri C., Aprile 2003.



- IRES CGIL, *Immigrazione e sindacato*, a cura di Leonardi S., Mottura G., Ediesse, 2003.
- Istat (2000), *La flessibilità del mercato del lavoro nel periodo 1995-96*, in *Informazioni*, p.32.
- Lassandari A. (1997), *Pluralità di contratti collettivi nazionale per la medesima categoria*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, p. 261 ss.
- Lo Faro A. (2002), *Il contratto collettivo fonte e il diritto comunitario*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 220 ss.
- Megale A. (2001), *Struttura della contrattazione e politica contrattuale*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 2, p. 163 ss.
- Mermet E. (2002), *Le tendenze europee*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 4, p. 39 ss.
- Monaco M. (2000), *Struttura della rappresentanza sindacale: modelli alla ricerca di un sistema*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, p. 245 ss.
- Napoli M. (2003), *La riforma della struttura della contrattazione collettiva*, in *Diritto delle Relazioni industriali*, p. 353 ss.
- Negrelli S. (1997), "Italy", in Katz H.C. (ed.), *Telecommunications. Restructuring Work and Employment Relations Worldwide*, ILR Press, Cornell, Ithaca.
- NIDL (2003) *Nessun lavoro senza diritti e tutele. La contrattazione di NIDL-CGIL nel lavoro tipico*, dossier 2003.
- OECD (2004), *Employment Outlook 2004*.
- Pellegrini C. (2002), *Struttura contrattuale e retribuzioni*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 4, p. 117 ss.
- Pini P., Tortia E., (2002), *Innovazioni organizzative e relazioni industriali*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 4, p. 133 ss.
- Regalia I. (2003a), *Decentralizing Employment Protection in Europe: Territorial Pacts and Beyond*, in Zeitlin-Trubek (eds), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford, OUP, p. 158 ss.
- Regalia I. (2003b), *Tendenze al decentramento contrattuale, tra esigenze di competitività delle imprese, tutela del lavoro, coordinamento degli esiti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, p. 436.
- Relazione finale della Commissione per la verifica del protocollo del 23 luglio 1993* (1998), presidente Gino Giugni, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 3, 571 ss
- Ricci G. (2004), *Flexible working time: the Italian case*, in Caruso B., Fuchs M. (eds.) *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, p. 146 ss.
- Santini L. (2003), *Relazione al convegno "Comitati aziendali europei. Bilancio dell'esperienza dalla direttiva 95/45 ad oggi"*, sul sito [www.uil.it/cae/](http://www.uil.it/cae/).
- Sciarra S. (2002), *Coordinamento e europeizzazione della contrattazione collettiva*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 4, p. 9 ss.

Stanzani C., *Analisi dell'assetto attuale dei Cae, prospettive e potenzialità*, relazione al convegno "Comitati aziendali europei. Bilancio dell'esperienza dalla direttiva 95/45 ad oggi", sul sito [www.uil.it/cae/](http://www.uil.it/cae/).

Treu (2005), *La concertazione sociale*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, di prossima pubblicazione.

Zappalà L. (2004), *Fixed-term Contracts in Italy*, in Caruso B., Fuchs M. (eds.) *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, p. 98 ss.

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

Bruno Caruso

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

---

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

## 1. La contestualizzazione del problema

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

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

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

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

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

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

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

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

Ce lo dice la scansione storica dei suoi diversi passaggi.

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

---

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

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

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

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

Il modello sociale europeo in costruzione impone, dunque, di prendere atto che il destino del diritto del lavoro appartiene sempre meno ai ben noti attori domestici (policy makers, istituzioni politiche e giudiziarie, parti sociali, accademici) e sempre più ad una miriade di attori posti fuori dai confini nazionali e che interagiscono reciprocamente in una dimensione teoricamente nuova ed arricchita del pluralismo<sup>573</sup>.

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

È che i diversi *topoi* dove agiscono politicamente attori e istituzioni che producono regolazione, sono interconnessi e si condizionano reciprocamente, prescindono dalla regolazione degli Stati nazione e producono una regolazione transnazionale<sup>575</sup>.

L'esito di questa interconnessione non è più un prodotto lineare bensì spezzato e segmentato, comunque considerabile unitariamente se visto come il risultato di un unico processo: i sistemi giuridici nazionali di regolazione del lavoro e di welfare subiscono, attraverso il medium, l'alchimia comunitaria, quel processo osmotico e ciò sancisce una novità senza precedenti, che ha importanti ricadute oltre che sulle modalità dell'azione governativa e sulla sua lettura in chiave realista, anche sul metodo comparato, sul modo e sulle tecniche attraverso cui si comparano i sistemi normativi e le prassi "paragiuridiche" nei sistemi sociali<sup>576</sup>.

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

---

<sup>573</sup> W. Twining, *Mapping Law*, The Northern Ireland L. Q. 1999, 12.

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

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

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

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

Si potrebbero portare degli esempi concreti di questa nuova dimensione comunicativa ed interrelata del processo di regolazione lavorista del sistema sociale; è sufficiente fare un mero riferimento all'evoluzione della disciplina sul trasferimento d'azienda e più ancora sull'orario di lavoro tradizionalmente connesse al metodo comunitario classico dove i segni dell'ibridazione tra vecchi e nuovi metodi e strumenti di regolazione, connessi alla genesi comunitaria, sono quanto mai evidenti; ma si potrebbero pure richiamare le nuove normative sui rapporti flessibili, frutto del dialogo sociale, in cui simili segni sono tanto evidenti da far dubitare della loro annoverabilità tra quelle frutto del metodo comunitario classico, portando invece impresse le stigmate del nuovo modello di governance ove alla regolazione tramite norma standard e relativa sanzione si tende a sostituire la regolazione per obiettivo, con una evidente connessione con l'arsenale di strumenti soft della strategia europea dell'occupazione<sup>577</sup>. Non a caso sono pezzi di legislazione osservati da vicino da chi teorizza le virtù della "regolazione riflessiva"<sup>578</sup>. Tutto ciò conduce ad una serie di dilemmi ben evidenziati nella letteratura che si è occupata di Metodo Aperto di Coordinamento<sup>579</sup>. Si è, infatti, di fronte ad una vera e propria quadratura del cerchio che dalla sua genesi politica tracima sulle tecniche di regolazione; quadratura che il metodo aperto di coordinamento sussume e sintetizza, poiché esso si presenta soprattutto come una sorta di canale di gronda di politiche pubbliche, che si avvalgono di tecniche regolative leggere, generate per induzione o mesi.

Si tratta di dilemmi generali del Metodo Aperto ma riferibili anche alla Strategia Europea per l'Occupazione che pure, per opinione diffusa, costituisce una variante per così dire hard del primo o, se si preferisce, l'estremo hard del continuum di strumenti soft riconducibili al MAC<sup>580</sup>. Ciò sia per il rilievo costituzionale che la SEO riceve dalla sua cristallizzazione regolativa nel trattato, sia per i concreti risultati registrati dopo la fase di avvio e assestamento<sup>581</sup>.

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

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

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

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

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

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

▪ Verso quale punto mediano far convergere le diversità presupposte come ineliminabili e resistenti ad ogni strategia di armonizzazione regolativa attuata attraverso gli strumenti hard del metodo comunitario classico? Negli obiettivi, nei discorsi, nelle politiche, nelle regole?

▪ Come risolvere la tensione tra razionalità materiale e razionalità formale che è di ogni strumento di regolazione non solo di quelli hard? E, con specifico riguardo al MAC, tra la sua funzione ricognitiva e normativa, posto che si dichiara che tramite questo metodo si vuole preservare un supposto modello sociale europeo perseguendo contemporaneamente la competitività senza abdicare al primo?

▪ Come conciliare, in sintesi - con queste nuove tecniche leggere di induzione di politiche - modelli diversi di capitalismo? Per cui il rischio che il MAC alla fine attenga più ai discorsi che ai fatti, che il momento cognitivo sovrasti quello normativo, al di là di ogni buona intenzione.

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

▪ può risultare plausibile che il nuovo sistema di regole sul lavoro (il modello sociale europeo), alla fine possieda i tratti ibridi e originali dell'interconnessione comunicativa di diversi sistemi di regolazione nazionali, senza per questo abdicare ad alcuni valori tradizionali delle costituzioni sociali nazionali e dunque a principi identitari forti?

▪ A chi è affidato il compito di ridefinire tali valori e principi nella fase costituente? A chi il compito di custodirli nella fase a regime?

▪ Con quale mix di tecniche giuridiche e strumenti politici?

▪ È possibile pensare questo sistema di differenze integrate, in termini unitari e coesi, in termini cioè di ordinamento monistico?

▪ È sufficiente pensare la Costituzione europea, già con un incedere asmatico nella fase genetica, quale collante delle diversità?

▪ È possibile pensare alla Carta dei diritti fondamentali e alle sue dichiarazioni di principio incorporate nella II parte del trattato costituzionale come "troiano" per scardinare l'asfitticità delle politiche sociali riprodotte quasi immutate nella parte III?

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

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

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

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

modello sociale e di una nuova identità culturale della disciplina<sup>582</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

Se si tralascia l'ampia letteratura internazionalista in cui il riferimento al concetto e alle prassi di soft law è da tempo presente<sup>583</sup>, il medium teorico più rilevante utilizzato dai giuslavoristi per essere introdotti a dibattito sull'alternativa soft/hard law è stato sicuramente il diritto comunitario e i suoi svolgimenti<sup>584</sup>. Nel dibattito teorico generale una possibile eco dell'alternativa soft hard law e relative funzioni della legge è costituito dalle riflessioni indotte dal magistrale saggio di N. Bobbio degli '60 sul diritto promozionale e le sanzioni positive<sup>585</sup>, ma le connessioni non sono proprio dirette.

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

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

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

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

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

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

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

In tal caso, per esempio, il soft law di prima generazione, sotto forma di comunicazioni, linee guida, codici di condotta, raccomandazioni è stato utilizzato dalla Commissione per generalizzare regole di comportamento su cui era istituzionalmente impossibile intervenire con il comando legislativo. Lo ha fatto spesso appropriandosi del linguaggio della Corte di giustizia (per es. in materia di aiuti di stato), in ciò operando, com'è stato detto, un compromesso tra sovranità e comando secondo uno schema tipico delle relazioni internazionali<sup>586</sup>.

Sono stati poi evidenziati i tratti tipici del soft law.

Molto in sintesi:

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

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

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

Ci si può limitare soltanto a ricordare che in materia di diritto della concorrenza gli esempi e i casi sono numerosi: da Cassis de Dijon<sup>587</sup> a Deufil<sup>588</sup> per citare alcuni casi eclatanti<sup>589</sup>. Rimane, invece, tutt'oggi discusso e rimarcato il tradizionale deficit di legittimità del soft law comunitario, vale a dire l'assenza di trasparenza e democraticità, anche con riferimento alle istituzioni che lo producono<sup>590</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La SEO è la principale esemplificazione di quello che vuol dirsi. In questa strategia di regolazione leggera delle politiche occupazionali si è inteso colmare il deficit di legittimità includendo sempre più significativamente, e progressivamente nei diversi cicli, le parti sociali tradizionali mentre si diffonde sempre più l'esigenza di includere altre formazioni sociali, le ONG, e di coordinare le SEO con i diversi livelli (nazionale e sovranazionale) in cui si concludono i patti sociali<sup>591</sup>.

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

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

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

---

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

cui l'armonizzazione dei sistemi sociali di tipo coesivo entra in crisi, mostrando i suoi limiti regolativi, sia di strumenti e di tecniche, sia di volontà politica<sup>592</sup>.

Le politiche occupazionali, per le ragioni ampiamente analizzate, ne sono state il viatico definitivo<sup>593</sup>.

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

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

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

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

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

Si accenna in tal senso - ma non sono riscontrabili dimostrazioni convincenti nella letteratura scientifica - ad un rapporto di causa effetto o, comunque, circolare tra regolazione sociale hard secondo il metodo tradizionale e SEO, per es. con riferimento alle direttive antidiscriminatorie di ultima generazione, ma pure alle direttive sulla flessibilità frutto del dialogo sociale<sup>595</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6. Soft law e diritto del lavoro nazionale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

È plausibile sostenere che il federalismo regionale, se di esso si assuma una visione dinamica e progressiva<sup>596</sup>, consenta di sperimentare all’interno dei confini nazionali, nella materia dei servizi per l’impiego e delle politiche attive del lavoro (tipici servizi pubblici sociali), il metodo del coordinamento aperto e la strumentazione regolativa soft di origine comunitaria.

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

Un’ipotesi teorica di sostegno di una simile prassi è di agganciare al diritto costituzionale al lavoro, una pretesa dei cittadini a servizi pubblici all’impiego efficienti. Tale pretesa non va soddisfatta e, in caso di lesione, non comporta un diritto al risarcimento nelle forme più convenzionali di tutela individuale dei diritti, per limiti giuridici strutturali e funzionali ampiamente analizzati<sup>597</sup>; andrebbe invece canalizzata attraverso la partecipazione delle parti sociali e delle organizzazioni degli utenti alla elaborazione delle politiche dell’impiego e delle riforme delle istituzioni del mercato del lavoro.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Con una ulteriore precisazione: una cosa è il ricorso a tecniche regolative soft in funzione dell'affinamento delle strategie di *management by objectives*, tutt'altra non tanto la riscoperta delle virtù dell'autonomia individuale, quanto il rafforzamento legislativo (strumento hard) dell'autonomia e della discrezionalità sul versante di chi domanda lavoro, che è la cifra saliente che si intravede in molte disposizioni della riforma di recente attuata in Italia che riguardano i contratti flessibili. Non è lecito, infatti, confondere nell'età dell'incertezza, l'emancipazione dell'individuo finalmente libero dall'assicurazione di assistenza predisposta dallo Stato e dalle protezioni ravvicinate delle comunità intermedie, con la solitudine e l'angoscia del lavoratore precario<sup>598</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso\*

Pietro Ichino

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Valore relativo dei modelli economici fondati sul paradigma razionale utilitaristico                                  | 191 |
| 2. I modelli di scuola neoclassica che forniscono argomento razionale a sostegno del diritto del lavoro                  | 192 |
| 3. Dove il giuslavorista non può prescindere dall'analisi economica degli effetti della norma                            | 194 |
| 4. Alcuni esempi dell'utilità dell'approccio di labour law and economics. A) In materia di normativa antidiscriminatoria | 195 |
| 5. Segue. B) In materia di disciplina limitativa della facoltà di recesso del datore dal rapporto di lavoro              | 196 |
| 6. Segue. C) In materia di contemperamento della protezione del lavoro con la disciplina antitrust                       | 199 |
| 7. Il first best e il second best, per l'economista e per il giurista                                                    | 200 |
| 8. Bibliografia                                                                                                          | 201 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 40/2005

## 1. Valore relativo dei modelli economici fondati sul paradigma razionale utilitaristico

Nel campo del lavoro gli approcci “ortodossi” tradizionali dei giuristi e degli economisti sono reciprocamente impermeabili più di quanto accada in altri campi. Gli economisti guardano sovente a noi giuslavoristi come alle vestali di una strana liturgia irrazionale, misteriosa e in larga parte dannosa; noi, dal canto nostro, guardiamo agli economisti come a una categoria di intellettuali insensibili per vocazione ai valori etici che ispirano la nostra branca del diritto, dediti a minarne le stesse fondamenta in nome di un’efficienza (l’efficienza c.d. paretiana) cui noi riconosciamo un valore non primario (forse anche perché non ci siamo pienamente appropriati di questa nozione in tutti i suoi possibili sviluppi e applicazioni).

In realtà, gli economisti non sono affatto interessati esclusivamente all’efficienza: una chiave di lettura che essi praticano sempre più diffusamente è quella del *trade-off* fra efficienza ed equità; e sono sempre più diffusamente orientati a riconoscere l’esistenza di diverse possibili allocazioni efficienti delle risorse, tra le quali la scelta deve avvenire sulla base della funzione del benessere sociale scelta dal *policy maker*. Sta di fatto, comunque, che ultimamente il muro di incomprendimento ha incominciato a incrinarsi. Pur sempre guardinghi e diffidenti, noi giuristi abbiamo preso a confrontarci un po’ più da vicino con l’opera degli economisti del lavoro. Ma prevale ancora nel nostro campo l’idea secondo cui la cultura giuslavoristica europeo-continentale può trarre scarso profitto dal contributo della corrente degli studi economici dominante nel panorama internazionale: quella neoclassica, o marginalista. Manifestiamo invece una maggiore disponibilità al confronto con il contributo che ci viene dalla corrente istituzionalista (oltre che dai suoi più recenti sviluppi, c.d. neo-istituzionalisti): quella che concepisce la società moderna come un complesso di *istituzioni*, ossia di forme radicate di organizzazione e regolazione del comportamento individuale e associato, e si dedica allo studio del funzionamento di queste entità anche prescindendo dai modelli teorici fondati sul paradigma razionale utilitaristico.

Anche se vengo comunemente collocato fra i giuristi più aperti agli influssi della corrente neoclassica, da profano qual sono in questo campo percepisco l’importanza dell’impostazione istituzionalista: soprattutto del suo richiamo a una forma di relativismo conoscitivo, dell’ammonimento che se ne trae a non pretendere di spiegare i comportamenti umani individuali e associati con leggi di carattere universale, del disincanto con cui essa considera i modelli teorici, denunciandone lo scostamento dalla complessità del reale.

In un certo senso è questo, a ben vedere, anche il messaggio fondamentale di RONALD COASE: i modelli teorici classici sono lontani dalla realtà perché non tengono conto di elementi frizionali che impediscono al mercato di funzionare in modo ottimale, impediscono ai soggetti di scegliere per il meglio e fanno sì che l’intervento dell’ordinamento giuridico sia necessario. COASE, però, non dice affatto che quei modelli siano da buttare: dice soltanto che l’intervento dell’ordinamento giuridico è necessario e ampiamente giustificabile anche alla stregua di un criterio di efficienza paretiana; e con la sua teoria dei costi di transazione ci aiuta, appunto, a mettere in comunicazione tra loro l’approccio marginalista e l’approccio istituzionalista; getta le basi per un sistema unitario nel quale i due approcci possono integrarsi tra loro. Tra gli economisti europei, anche di impostazione marginalista, si osserva ormai un consenso sempre più diffuso sulla rilevanza delle imperfezioni del mercato; e questo consenso sta diffondendosi anche oltre Atlantico.

Occorre dunque diffidare non soltanto della pretesa assoluta di spiegare tutto in base ai modelli teorici di scuola neoclassica, ma anche della pretesa altrettanto assoluta di negare l’utilità di quei

modelli: essi non spiegano mai tutto, ma spiegano sempre qualche cosa nel tutto. Così, è vero che il lavoro non può essere considerato soltanto come una merce, essendo in esso coinvolta direttamente la persona umana; ma il considerarlo *anche* come una merce può aiutare a comprendere una parte rilevante di quanto accade nel mercato del lavoro. Ogni modello coglie qualche aspetto della realtà; e per questo deve essere considerato e studiato. Se il modello è costruito correttamente sul piano della sua coerenza logica intrinseca – e tutti i modelli economici con cui noi giuristi ci confrontiamo hanno già superato il vaglio della correttezza su questo piano – la nostra scelta non dovrebbe essere mai tra “accettare” il modello o “respingerlo”: il problema è sempre soltanto di capire quale e quanta parte della realtà ciascun modello è in grado di spiegare.

## 2. I modelli di scuola neoclassica che forniscono argomento razionale a sostegno del diritto del lavoro

Sta di fatto, comunque, che dal censimento dei (peraltro rari) riferimenti al mercato del lavoro e al contratto di lavoro che possono rinvenirsi nella letteratura neoistituzionalista si trae ben poca cosa. Posso dire invece di avere trovato una quantità assai maggiore di riferimenti utili per il nostro lavoro di giuslavoristi nella letteratura di ispirazione marginalista. E non soltanto, né principalmente, riferimenti che inducono a contestare la ragion d’essere dell’intervento autoritativo dell’ordinamento nel mercato del lavoro, ma anche e soprattutto riferimenti che confermano l’esistenza di una precisa ragion d’essere economica della nostra branca del diritto e che possono svolgere un ruolo indispensabile per individuarne la giustificazione costituzionale (una giustificazione costituzionale di cui troppo sovente in passato abbiamo eluso – oppure risolto troppo semplicisticamente - il problema).

La preoccupazione, dominante tra i giuslavoristi, di prendere le distanze dalla corrente neoclassica della scienza economica li porta a liquidare forse un po’ troppo affrettatamente alcuni modelli proposti da quella corrente di pensiero, dai quali invece il diritto del lavoro ha moltissimo da attingere, non soltanto per la propria giustificazione costituzionale, ma anche per i profili interpretativi e applicativi di cui dirò tra breve. Assumono rilievo cruciale per il nostro discorso, in particolare:

- il modello del *monopsonio*, nelle sue due articolazioni del monopsonio strutturale (corrispondente in modo assai preciso alle condizioni del mercato del lavoro originario) e del monopsonio dinamico (corrispondente assai meglio alle condizioni del mercato del lavoro maturo); è proprio sull’individuazione della distorsione monopsonistica che si fonda, per un verso, la valutazione in termini di efficienza paretiana dell’imposizione di standard minimi di trattamento dei lavoratori, per altro verso la sollecitazione alle nuove politiche del lavoro imperniate sulla promozione della *employability* dei lavoratori, soprattutto dei meno dotati;
- in particolare l’elemento centrale del modello del monopsonio dinamico costituito dalla nozione di *dipendenza economica*: una nozione che può svolgere un ruolo importantissimo negli sviluppi prossimi della nostra materia, aiutandoci a definire la nuova fattispecie di riferimento dell’intero diritto del lavoro: basti considerare che in questo senso si muovono esplicitamente le tesi

congressuali della maggiore confederazione sindacale italiana<sup>599</sup>; sul piano del diritto comunitario, del resto, a mio avviso questa *può già* oggi essere considerata come la fattispecie di riferimento fondamentale;

- il modello dell'interesse condiviso tra *insiders* e *outsiders*, quindi del diritto del lavoro come forma indispensabile di coordinamento dei loro comportamenti nel mercato;

- il modello dell'interesse contrapposto di *insiders* e *outsiders* e quello degli *efficiency wages*, che spiegano la rigidità verso il basso delle retribuzioni (individuata ma non spiegata da KEYNES), anche indipendentemente dall'intervento autoritativo dell'ordinamento e persino indipendentemente dall'intervento della coalizione e della contrattazione collettiva: alcune pagine della letteratura economica su questi modelli possono essere lette e utilizzate come vere e proprie "testimonianze a discarico" nel processo che in questi anni in varie sedi si celebra contro le rigidità che sarebbero prodotte dal diritto del lavoro;

- il modello *principal/agent*, che pone in luce un elemento del rapporto di lavoro totalmente negletto in passato dai giuslavoristi: il suo contenuto assicurativo;

\* la considerazione di questo elemento avrebbe consentito di risolvere agevolmente un problema sul quale abbiamo versato fiumi di inchiostro: quello del nesso sinallagmatico che lega alla prestazione lavorativa anche la retribuzione pagata nei periodi di sospensione del lavoro;

\* il modello *principal/agent* induce a riflettere sullo stretto nesso funzionale esistente fra rigidità della retribuzione e limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro: il primo vincolo sarebbe svuotato di effetti pratici in assenza del secondo, e viceversa; donde l'inesattezza del considerare la c.d. "flessibilità in uscita" come una qualità del rapporto di lavoro che possa essere posta senz'altro in alternativa alla flessibilità della retribuzione, o fungere da contropartita in relazione a questa;

\* quel modello, per altro verso, ci costringe a prendere in considerazione il costo della copertura assicurativa pagata dagli stessi lavoratori assicurati, in termini di minor retribuzione: donde la necessità di valutare sempre in concreto quale sia l'estensione ottimale della copertura inderogabilmente disposta dalla legge;

- il modello di AGHION e HERMALIN (1990), che fornisce un relevantissimo argomento a sostegno della disciplina inderogabile della ripartizione del rischio delle sopravvenienze negative tra datore e prestatore di lavoro, quindi della limitazione autoritativa, entro certi limiti, della facoltà di licenziamento. Questo modello merita un cenno un poco più approfondito, poiché, come vedremo, esso assume rilievo anche al di fuori della materia della disciplina dei licenziamenti.

Nel modello di AGHION e HERMALIN l'imprenditore conosce molto imperfettamente le qualità personali del lavoratore che gli si presenta per l'assunzione, nonché i corrispondenti rischi di impedimenti futuri (malattia, maternità, incapacità di adattarsi alle nuove esigenze tecniche del lavoro, disimpegno personale, ecc.); qualità e rischi che invece quest'ultimo conosce assai meglio. In un mercato in cui le parti siano lasciate completamente libere nella negoziazione della ripartizione tra loro del rischio delle sopravvenienze, il soggetto che conosce meglio il proprio rischio sarà

---

<sup>599</sup> "La Cgil propone un concetto allargato della dipendenza economica, attraverso una ridefinizione di lavoratore 'economicamente dipendente' cui far corrispondere l'equiparazione dei diritti, delle tutele e dei costi cui deve far fronte l'impresa" (dalla quinta tesi per il 15° Congresso della Cgil, che si terrà a Rimini all'inizio del 2006).

sempre indotto a tacere sulla propria aspirazione alla sicurezza, per segnalarsi come soggetto meno “rischioso” e rendersi così più appetibile per la controparte, anche a costo di rinunciare a qualsiasi forma di assicurazione contro le sopravvenienze negative (ovvero a qualsiasi limitazione della facoltà di recesso del datore). In assenza di una tutela generale precostituita, il lavoratore o la lavoratrice che chiedessero una garanzia per il caso di malattia, di gravidanza, di incapacità di adattarsi alle sopravvenienze tecnologiche o di mercato, si segnalerebbero come più esposti degli altri a questi rischi. In un mercato lasciato a se stesso, pertanto, la domanda di sicurezza dei lavoratori resterebbe tendenzialmente inespressa; col risultato che tutto il rischio finirebbe coll’essere collocato sulla parte che, in generale, è meno capace di sopportarlo, e l’impresa trarrebbe minor profitto dalla propria capacità di produrre e offrire sicurezza. In altre parole, quell’ “acquisto di sicurezza” da parte del lavoratore in cambio di un “premio assicurativo” pagato in termini di minor retribuzione, che conviene a entrambe le parti, ha dei problemi a prodursi spontaneamente.

Questo modello spiega perché tutti gli ordinamenti statali intervengano in qualche misura – sia pure in forme e misure molto diverse – a imporre inderogabilmente un contenuto assicurativo del rapporto di lavoro, attraverso la limitazione della facoltà di recesso unilaterale dei datori di lavoro. E dove, come negli U.S.A., non vi provvede la legge, sono i giudici a “costruire” quella limitazione sulla base delle “clausole generali” di correttezza e buona fede (v. in proposito A.B. KRÜGER, 1991, e J.H. VERKERKE, 1998).

Esistono, del resto, vari contributi di economisti di ispirazione marginalista che mostrano come non ci sia sempre un *trade-off* fra equità ed efficienza: ad esempio, in molti casi soluzioni egualitariste che conducono a forme di compressione salariale possono favorire l’incremento del capitale umano.

### 3. Dove il giuslavorista non può prescindere dall’analisi economica degli effetti della norma

Tutti i modelli menzionati nel paragrafo precedente sono riconducibili all’impostazione marginalista; e il censimento delle sinapsi possibili tra economia e diritto del lavoro conferma che proprio da questi modelli viene il contributo più rilevante tra quelli che la scienza economica può dare oggi al diritto del lavoro. E non un contributo apprezzabile soltanto sul piano della filosofia del diritto del lavoro, della ricerca delle sue radici, della sua ragion d’essere fondamentale: i risultati della ricerca economica – teorica ed empirica – ci sono indispensabili anche sul piano dell’interpretazione e dell’applicazione quotidiana del diritto del lavoro.

Dovunque una norma costituzionale (o comunitaria) imponga alla legge ordinaria il perseguimento di un determinato obbiettivo,

- la norma legislativa ordinaria è suscettibile di censura di incostituzionalità (o incompatibilità con l’ordinamento comunitario) quando essa produca effetti contrari a quelli dovuti;
- inoltre, tra due significati della norma legislativa ordinaria compatibili con il suo contenuto letterale deve essere preferito quello che meglio si concilia con il perseguimento degli effetti voluti dalla norma di rango superiore.

In entrambi i casi i risultati dell’analisi economica degli effetti concreti della norma possono dunque costituire un passaggio decisivo dell’argomentazione giuridica, in un senso o nell’altro.

Nei tre paragrafi che seguono propongo altrettanti esempi del rilievo cruciale che l'analisi economica degli effetti della norma giuridica può assumere nell'interpretazione e applicazione della norma stessa.

#### **4. Alcuni esempi dell'utilità dell'approccio di labour law and economics. A) In materia di normativa antidiscriminatoria**

Un campo nel quale l'analisi economica pone al giurista qualche grattacapo, ma al contempo gli indica il modo per evitare una inammissibile contraddizione interna all'ordinamento, è quello della legislazione antidiscriminatoria.

*Divieto di discriminazione ai danni degli stranieri.* La Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143/1975 obbliga l'Italia, che l'ha ratificata nel 1981, a promuovere e garantire la parità di opportunità nel mercato del lavoro in favore degli stranieri immigrati legittimamente (artt. 10 e 12 lett. g).

Nell'ottica giuslavoristica tradizionale, la garanzia della "parità di opportunità" si coniuga perfettamente e senza attriti con il divieto di differenziare i trattamenti. In questo ordine di idee, pertanto, sembrerebbe doversi ravvisare una perfetta coerenza con la Convenzione n. 143/1975 nell'art. 41 della legge italiana 6 marzo 1998 n. 40 (ora art. 43 del testo unico emanato con d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non modificato su questo punto dalle leggi successive), che vieta qualsiasi discriminazione ai danni dello straniero, proibendo agli imprenditori di riservare ai lavoratori stranieri un trattamento inferiore rispetto ai lavoratori indigeni.

Se però si esamina la questione dal punto di vista del funzionamento effettivo del mercato del lavoro, il discorso si complica. Di fatto, l'imposizione generalizzata di uno standard di trattamento minimo uguale per tutti costituisce sovente un ostacolo per l'accesso al lavoro del lavoratore immigrato da un Paese straniero, soprattutto quando si tratti di un Paese economicamente meno sviluppato. L'analisi economica porta a dire che la promozione di condizioni di pari opportunità può, talvolta, richiedere che non si applichi un divieto di differenziazione del trattamento, poiché questo di fatto può ridurre la possibilità per i lavoratori appartenenti a un gruppo svantaggiato di competere nel mercato con gli altri. In questa ottica l'art. 41 della legge n. 40/1998 potrebbe essere visto come una norma posta a protezione dei lavoratori italiani contro la concorrenza degli extracomunitari, configurandosi così un contrasto fra questa norma nazionale e la Convenzione n. 143/1975, che protegge l'interesse dei lavoratori migranti.

La questione non è affatto priva di rilievo pratico. Nel febbraio 2000, per iniziativa del Comune di Milano, venne stipulato un accordo collettivo locale che prevedeva la possibilità, per le imprese cui fosse stato conferito dal Comune l'appalto di determinati servizi, di assumere lavoratori extracomunitari con livelli di tutela della stabilità inferiori rispetto agli standard generali. Il Comune e le confederazioni firmatarie dell'accordo sostenevano che esso mirava a favorire l'accesso al lavoro regolare dei lavoratori extracomunitari, in piena aderenza al principio enunciato nella Convenzione O.I.L. n. 143/1975, ancorché in apparente disapplicazione della norma legislativa nazionale; la Cgil rifiutò invece di sottoscriverlo, sostenendo che esso violava il divieto di discriminazione posto dalla Convenzione internazionale, oltre che dalla legge n. 40/1998. Una soluzione persuasiva della questione (giuridica in senso stretto: attinente, cioè, all'interpretazione e applicazione di una norma legislativa vigente, non solo a scelte di politica del lavoro) difficilmente può

prescindere dallo studio teorico ed empirico dei possibili effetti della norma, se interpretata nell'un modo, oppure nell'altro.

*Divieto di discriminazione ai danni dei disabili.* La nostra Costituzione impone allo Stato l'obbligo di promuovere l'avviamento al lavoro dei lavoratori disabili (art. 38 Cost., 3° comma) e di rimuovere gli ostacoli alla loro eguaglianza effettiva con gli altri lavoratori (art. 3 Cost.). In attuazione di questi principi costituzionali, l'art. 10, 1° c., della legge 12 marzo 1999 n. 68 attribuisce ai lavoratori disabili il diritto all'applicazione degli stessi standard di trattamento legislativi e collettivi applicabili ai lavoratori non disabili. Si pone in proposito la questione se la legge abbia inteso imporre al datore di lavoro di riservare al disabile lo stesso trattamento che è riservato al normodotato svolgente le stesse mansioni, indipendentemente dall'eventuale minore rendimento derivante in concreto dalla menomazione, oppure abbia inteso garantire al disabile soltanto un trattamento proporzionato al suo rendimento effettivo (con possibilità, pertanto, di un trattamento inferiore a quello del normodotato svolgente le stesse mansioni, nel caso in cui la menomazione riduca il rendimento).

I risultati dell'indagine economica teorica ed empirica sugli effetti della norma, interpretata nel senso della proporzionalità oppure invece nel senso dell'insensibilità del trattamento al minor rendimento, potrebbero assumere un notevole rilievo ai fini dell'opzione fra le due interpretazioni: se infatti potesse affermarsi che la regola dell'insensibilità del trattamento costituisca un ostacolo all'inserimento del disabile nel tessuto produttivo, questo fornirebbe un argomento assai forte a sostegno dell'interpretazione contraria, in quanto produttiva di effetti più coerenti con i principi costituzionali ispiratori della legge n. 68/1999, salvo prevedere meccanismi redistributivi, quali i *wage subsidies* finanziati mediante le imposte o prelievo contributivo sul monte-salari (si segnala in proposito lo studio di D. ACEMOGLU e J. ANGRIST, 1998, che attribuisce alla legge statunitense del 1991 sulla parità di trattamento per i lavoratori disabili un effetto depressivo sulla loro possibilità effettive di inserimento al lavoro; per una ricerca econometrica circa gli effetti-paradosso delle norme antidiscriminatorie contenute nel *Civil Rights Act* statunitense sulla possibilità di accesso al lavoro di neri e donne - che con quelle norme si intendono proteggere - v. lo studio di P. OYER e S. SHAEFER, 2002).

## 5. Segue. B) In materia di disciplina limitativa della facoltà di recesso del datore dal rapporto di lavoro

Dottrina e giurisprudenza giuslavoristiche si sono lungamente affaticate nel tentativo di definire il giustificato motivo di licenziamento, senza mai pervenire a una soluzione appagante del problema e non riuscendo pertanto a superare un approccio eminentemente casistico. L'approccio micro-economico consente di affrontare in modo razionale e risolvere il problema della definizione della nozione di giustificato motivo obbiettivo. Vediamo come.

La norma contenuta nell'art. 3 della legge n. 604/1966 non specifica quali possano essere le ragioni oggettive suscettibili di giustificare il licenziamento: è pertanto demandato al giudice di valutare caso per caso. La stessa cosa può essere espressa, nel linguaggio degli economisti, con le due seguenti proposizioni:

- il lavoratore può essere licenziato quando dalla prosecuzione del rapporto derivi per l'impresa, in termini di valore atteso, una perdita (risultante da costi contabili o da costi-opportunità, cioè

da minor reddito prodotto rispetto a quello che sarebbe prodotto da altro lavoratore disponibile) superiore a una soglia di sopportabilità;

- quale sia questa soglia di sopportabilità, non è stabilito per legge ma è stabilito dal giudice caso per caso.

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste dunque in una *perdita attesa*, di importo superiore a una data soglia. Nelle sentenze dei giudici del lavoro su questa materia l'entità della soglia non viene quasi mai precisata; oppure affiora talvolta l'idea ingenua che la soglia sia pari a zero: sussisterebbe il giustificato motivo di licenziamento in tutti i casi in cui il bilancio preventivo della prosecuzione del rapporto potesse considerarsi comunque in perdita, quale che fosse l'entità di tale perdita. Ma - quando si escluda il licenziamento per motivi di rappresaglia o di discriminazione, che per legge è sempre e comunque nullo - l'imprenditore non licenzia mai un proprio dipendente se il bilancio preventivo del rapporto è in pareggio o in attivo: se egli licenzia è *sempre* perché il bilancio preventivo è in perdita. Ne consegue che, se fosse sufficiente qualsiasi perdita attesa per giustificare il licenziamento, ciò equivarrebbe a dire che qualsiasi licenziamento (non dettato da motivi illeciti) è giustificato; non occorrerebbe allora alcuna disciplina limitativa della facoltà di recesso, salvo il divieto del licenziamento determinato da motivi illeciti. La legge è invece intervenuta a limitare la facoltà di licenziamento proprio perché si è voluto evitare che una perdita attesa *qualsiasi* potesse portare al licenziamento: per giustificare il recesso - dice implicitamente la legge - la perdita deve superare un limite di sopportabilità.

Le motivazioni delle sentenze in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento vengono argomentate secondo schemi molto diversi da quello ora proposto, espressi con massime più o meno ripetitive, che in verità non lasciano trasparire il ragionamento sul quale effettivamente si fonda la decisione del caso concreto. Ma quel ragionamento, quando porta a negare la legittimità del licenziamento, si fonda sostanzialmente sempre su questa valutazione: "nel caso specifico ritengo che dalla prosecuzione del rapporto di lavoro ci si debba attendere una perdita (consistente anche eventualmente in un costo-opportunità) di entità sopportabile; non si può licenziare per così poco". Una maggiore capacità di avvalersi dei concetti elaborati dalla microeconomia renderebbe le motivazioni dei giudici in questa materia assai più trasparenti, fornendo oltre tutto alle parti un criterio di più agevole applicazione per la soluzione amichevole delle controversie e così contribuendo a ridurre il volume del contenzioso giudiziale.

In materia di disciplina limitativa dei licenziamenti, il problema giuridico non sta nel *se*, ma nel *quanto* della limitazione; e su questo punto la norma legislativa è genericissima. Tutti gli economisti concordano sulla stretta correlazione positiva esistente tra rigidità del vincolo ai licenziamenti e durata dello stato di disoccupazione (o di irregolarità) di chi sta fuori dell'area del lavoro protetto. Spinta oltre un certo limite, la rigidità del vincolo ai licenziamenti crea una paratia stagna tra *insiders* e *outsiders* (problema, questo, che si pone oggi in Italia non soltanto fra occupati del Nord e disoccupati del Sud, ma anche all'interno degli occupati stessi del Nord, come di quelli del Sud). Che la limitazione dei licenziamenti sia causa di un aumento *della quantità* della disoccupazione non è dimostrato (e sfido chiunque a trovare una pagina in cui io abbia scritto questo, anche se proprio questo mi viene frequentemente imputato); tutti concordano invece sull'effetto che la disciplina dei licenziamenti produce *sulla qualità* della disoccupazione e dell'occupazione irregolare, aumentandone la durata (OCDE, 1999 e 2005). Poiché questo effetto indesiderato, contrario ai principi costituzionali del perseguimento dell'uguaglianza tra i cittadini e del diritto al lavoro, è proporzionato alla rigidità del vincolo, la considerazione di tale effetto ben potrebbe



influire sull'orientamento del giudice nell'applicazione della clausola generale del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, nel senso di un allargamento della possibilità di sostituzione del lavoratore (ovvero di un abbassamento della soglia di perdita attesa necessaria per giustificare il licenziamento) là dove il tasso di disoccupazione è più elevato. Si osserva invece un comportamento dei giudici esattamente inverso a questo: essi sono mediamente tanto più severi nella valutazione della legittimità del licenziamento, quanto più alto è il tasso di disoccupazione nel mercato del lavoro della zona (A. e P. ICHINO, M. POLO, 1998).

Dottrina e giurisprudenza giuslavoristiche, per altro verso, hanno sempre considerato indiscutibile la distinzione fra il concetto di *giustificato motivo oggettivo* (inadempimento grave del lavoratore) e quello di *g. m. oggettivo* (esigenza aziendale di ordine economico-organizzativo). L'approccio micro-economico induce invece a mettere in discussione la drastica contrapposizione fra l'accezione soggettiva e quella oggettiva del giustificato motivo: vi sono ottimi motivi per ravvisare un'ampia zona di sovrapposizione tra il licenziamento disciplinare e il licenziamento per esigenze obbiettive dell'impresa: solo in questo modo può spiegarsi il variare della soglia di tollerabilità delle mancanze del lavoratore in relazione alla situazione congiunturale e all'andamento dell'azienda (L. FELLI, A. ICHINO, 1996, P. ICHINO, 2004).

L'arricchimento del discorso giuridico con gli schemi propri dell'economia consente anche di leggere l'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti in un modo assai diverso da quello proposto nei manuali di diritto del lavoro.

È opinione diffusa, a questo proposito, che prima della legge 15 luglio 1966 n. 604 la regola del preavviso costituisse la sola limitazione della facoltà di recesso unilaterale del datore di lavoro, essendo consentito dal codice civile il c.d. recesso *ad nutum*. In realtà, già il codice civile, attribuendo a qualsiasi lavoratore licenziato senza giusta causa il diritto a un indennizzo (l'"indennità di anzianità" di cui all'art. 2120; ma si trattava in sostanza di una indennità *di licenziamento*), aveva istituito un primo "filtro" delle scelte di recesso unilaterale del datore di lavoro, rendendo antieconomico il licenziamento in tutti i casi nei quali la *perdita attesa* dalla prosecuzione del rapporto fosse inferiore a quell'esborso. Poiché l'indennità era assai più elevata per gli impiegati che per gli operai, ne conseguiva sostanzialmente una tutela della stabilità assai maggiore per i primi che per i secondi. Con la legge n. 604/1966 vennero compiute due operazioni:

- si stabilì che l'indennità di cui all'art. 2120 c.c. sarebbe stata pagata al lavoratore in tutti i casi di cessazione del rapporto, compresi il caso di licenziamento giustificato e quello delle dimissioni, col risultato che quell'indennità assunse da quel momento la natura di retribuzione differita<sup>600</sup>, perdendo l'effetto di «filtro» economico dei licenziamenti;
- per converso, la stessa legge del 1966, recependo quanto disposto da un accordo interconfederale dell'anno precedente, stabilì che, qualora il licenziamento fosse privo di idonea giustificazione, il datore di lavoro con più di 35 dipendenti fosse obbligato, alternativamente, a riassumere il lavoratore o a pagargli un indennizzo.

<sup>600</sup> Con ciò la legge ha di fatto attribuito a tutti i lavoratori in attività al momento della sua entrata in vigore un beneficio *una tantum*, un credito destinato a essere comunque riscosso alla fine del rapporto: un beneficio di cui hanno goduto soltanto i lavoratori in attività in quel momento, poiché è ovvio che da quel momento in poi i trattamenti abbiano preso a essere determinati, in sede di contrattazione collettiva e individuale, tenendosi conto del nuovo elemento di retribuzione differita istituito inderogabilmente dal legislatore.

Vista con gli occhi dell'economista, la legge del 1966 non segnò dunque un mutamento qualitativo di grande rilievo nel nostro regime di protezione contro il licenziamento: essa si limitò a sostituire la vecchia indennità di licenziamento prevista dall'art. 2120 c. c. con un indennizzo di entità diversa (ma mediamente non più elevata), calcolato secondo un criterio comune a operai e impiegati e amministrato dal giudice caso per caso. Con la previsione della soglia dei 36 dipendenti per l'applicazione del nuovo regime di tutela contro il licenziamento, però, quella legge istituì sostanzialmente un regime di licenziabilità totalmente libera per le aziende di dimensioni inferiori, non più assoggettate ad alcun "costo di licenziamento" di fonte legislativa; e poiché già all'epoca le imprese con organico inferiore a 36 dipendenti occupavano la parte maggiore dei lavoratori italiani nel settore privato, il risultato dell'operazione fu, paradossalmente, quello di una attenuazione del grado complessivo di protettività del sistema contro i licenziamenti (ciò di cui sindacati e forze politiche incominciarono ad avere la percezione negli anni immediatamente successivi, ma apparentemente senza comprendere quanto era accaduto).

#### 6. Segue. C) In materia di contemperamento della protezione del lavoro con la disciplina antitrust

La tutela della concorrenza imposta dall'ordinamento comunitario ha fatto irrompere nello scenario del diritto del lavoro un nuovo soggetto, in precedenza del tutto assente: l'interesse del consumatore o utente. Dopo la sentenza *Albany* della Corte di Giustizia (1999), non può più darsi per scontata l'immunità assoluta degli atti di autonomia collettiva rispetto alla normativa antitrust: l'eventuale contrasto fra l'interesse perseguito dall'autonomia collettiva e l'interesse del consumatore o utente deve essere risolto mediante l'individuazione degli interessi concretamente perseguiti e degli effetti concretamente conseguiti dal contratto collettivo, nel caso specifico. È facile previsione quella secondo cui nelle controversie su questa materia gli avvocati dovranno avvalersi sempre più largamente della consulenza di buoni economisti; e altrettanto dovranno fare i giudici. Gli uni e gli altri faranno bene a riferirsi anche agli scritti istituzionalisti di WILLIAMSON o di ORMEROD, ma troveranno più risposte *concrete* alle loro domande nei modelli di ispirazione marginalista. È proprio su quei modelli che può costruirsi oggi più credibilmente una difesa efficace – ancorché non assoluta e indiscriminata – del ruolo della contrattazione collettiva, così come della legislazione protettiva del lavoro, anche quando queste interferiscano con il funzionamento dei mercati dei servizi o dei capitali. E questa sarà la migliore prova del fatto che l'impostazione marginalista, non pone affatto in antitesi fra loro il diritto (o "i diritti") e l'efficienza. Anzi: sono proprio i modelli cui ho accennato sopra quelli che individuano con maggiore precisione le cause di inefficienza del mercato del lavoro e quindi individuano nell'intervento del legislatore o della contrattazione collettiva il *second best*, cioè la soluzione che garantisce la maggiore efficienza concretamente possibile nelle circostanze date che impediscono di perseguire il *first best*.

Consideriamo, ad esempio, proprio il caso deciso con la sentenza *Albany* appena citata. In quel caso si discuteva della limitazione della libertà di concorrenza derivante, nel mercato dei servizi assicurativi, da un contratto collettivo olandese che vincolava tutte le imprese di un settore e i loro dipendenti a partecipare a un programma di previdenza pensionistica complementare, affidando la gestione degli accantonamenti a un fondo di settore determinato e senza lasciare ai singoli interessati la possibilità di affidare la gestione degli accantonamenti a fondi diversi. Una giustificazione dell'introduzione del vincolo potrebbe fondarsi sul modello di AGHION e HERMALIN di cui si è detto sopra, laddove potesse dimostrarsi la sussistenza di una situazione di asimmetria

informativa, tra gestori dei fondi e singoli beneficiari dell'assicurazione, circa il rischio di cui ciascuno di questi ultimi è effettivamente portatore; con la conseguente possibilità che restino al fondo di settore istituito dal contratto collettivo soltanto i "rischi cattivi" mentre i "rischi buoni" fuggono verso gli altri fondi nel libero mercato. Dove invece non si ravvisino i presupposti di questa *market failure*, né si ravvisino altri possibili difetti del meccanismo concorrenziale, questo potrebbe condurre a preferire la soluzione della questione nel senso dell'illegittimità del vincolo posto dal contratto collettivo.

## 7. Il first best e il second best, per l'economista e per il giurista

Il rifiuto tradizionale dell'impostazione marginalista da parte del giuslavorista ortodosso – a ben vedere – è motivato dallo schema logico fondamentale del pensiero marginalista, secondo il quale gli interventi correttivi dell'ordinamento sono sempre giustificati come *second best*, rispetto a un *first best* (la mano invisibile di ADAM SMITH) impedito dalle distorsioni nel funzionamento del libero mercato. Ma di che cosa abbiamo paura noi giuslavoristi? che l'eliminazione di quelle distorsioni ci tolga il lavoro? RONALD COASE avverte che quelle distorsioni – in particolare i costi di transazione, ma lo stesso discorso vale per le asimmetrie informative e i meccanismi che generano dipendenza economica – li avremo sempre con noi; e, possiamo aggiungere, li avremo particolarmente nel mercato del lavoro. Dunque avremo sempre bisogno anche del diritto del lavoro.

Molti di noi si mostrano turbati dal fatto che il funzionamento perfetto del libero mercato sia indicato da quelle teorie come *first best*. Ma a me sembra che non debba dubitarsi della desiderabilità di un ipotetico (e peraltro irrealizzabile) mercato del lavoro nel quale, eliminati totalmente i costi di transazione, le asimmetrie informative e i fattori di dipendenza economica, ogni lavoratore potesse scegliere liberamente – in condizioni, a quel punto, di libertà *effettiva* – tra molte imprese che gli offrono lavoro in concorrenza tra loro.

Molti di noi giuslavoristi affermano che, anche in quel caso tutto teorico, quando fosse eliminata ogni distorsione monopsonistica nel mercato del lavoro, ogni asimmetria informativa, ogni costo di transazione, quando il mercato del lavoro fosse capillarmente innervato di servizi efficienti di informazione, formazione professionale, riqualificazione, assistenza alla mobilità, e il lavoratore potesse davvero scegliere tra diverse imprese in concorrenza tra loro nel mercato del lavoro, il rapporto resterebbe pur sempre un rapporto di "soggezione e dominio". Ma chi afferma questo non spiega da dove nascerebbe e in che cosa consisterebbe questa residua situazione di inferiorità e assoggettamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro.

Può essere che chi afferma questo abbia ragione: cioè che la situazione di "soggezione e dominio" perdurerebbe anche in quel contesto di un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale; ma occorre spiegare in che cosa quella situazione di "soggezione e dominio" consisterebbe, sul piano dei fatti, della realtà economico-sociale. E per spiegare questa realtà occorrono ancora gli strumenti dell'economista: la pretesa del giuslavorista di farne a meno è perdente.

Se si rifiuta di discutere della questione su questo piano, quella asserita situazione residua di "soggezione e dominio" diventa oggetto di un'opzione di fede. Di qua i credenti, di là i non credenti. E in quel caso preferirei collocarmi, per *habitus* mentale inveterato, fra i "non credenti". Anche

perché, come Arthur OKUN insegna, “il mercato ha più spesso subito delle limitazioni per salvaguardare il potere e i privilegi per i pochi che per garantire eguali diritti per i molti” (<sup>601</sup>); e aggiunge: “Tiranni, guerrieri, fanatici religiosi e dittatori raramente tollerano la rivalità del mercato nelle loro società ordinate”. L’analisi economica costituisce uno strumento molto utile per smascherare non solo i tiranni e tirannelli che prosperano sui fallimenti del mercato, ma anche quelli che prosperano sulle protezioni dal libero mercato che indebitamente l’ordinamento talora garantisce loro.

## 8. Bibliografia

D. ACEMOGLU, J. ANGRIST, *Consequences of Employment Protection? The case of the Americans with Disabilities Act*, NBER WP 6670, 1999;

P. AGHION, B. HERMALIN, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, *Journal of Law, Economics and Organization*, n. 2, 1990, pp. 381-409;

R.H. COASE, *The Problem of social Cost*, Univ. Chicago Press, 1960; trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995;

R.H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, 1988; trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995;

S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, pp. 587-622;

R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? I disagi del diritto del lavoro nell’era delle esternalizzazioni*, DML, 2000, pp. 49-67;

R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, pp. 3-45 (riprodotto anche in appendice al cap. I di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.).

L. FELLI, A. ICHINO, *Sistemi di incentivazione della forza lavoro: una rassegna dei principali problemi teorici*, PE, 1996, I, pp. 331-361;

A. ICHINO, P. ICHINO, M. POLO, *L’influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, RIDL, 1998, I, pp. 19-47 (riprodotto anche in appendice al cap. VII di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano, Giuffrè, 2004;

F.H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago – London, 1921; trad. it.: *Rischio, incertezza e profitto*, Firenze, 1960;

A.B. KRÜGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States*, ILRR, 1991, n. 4, p. 644-660;

A. LINDBECK, D.J. SNOWER, *The insider-outsider Theory. Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, Mass., Mit Press, 1988;

---

<sup>601</sup> *Eguaglianza ed efficienza*, p. 22 dell’edizione italiana, dove in nota O. aggiunge che “Le analisi degli ordinamenti sociali del passato di POLANYI illustrano più volte questo punto”.

OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, 1999, pp. 51-86;

OCDE, *Les coûts d'ajustement liés aux échanges sur les marchés du travail des pays de l'Ocde: quelle est leur ampleur véritable?*, in *Perspectives de l'emploi*, 2005, pp. 25-82;

A.M. OKUN, *Equality and Efficiency. The Big Tradeoff*, Washington D.C., Brookings Inst., 1975; tr. it. *Eguaglianza ed efficienza. Il grande tradeoff*, Napoli, Liguori, 1990;

PAUL OYER, SCOTT SCHAEFER, *Sorting, Quotas and Civil Rights Act of 1991: Who Hires When it's Hard to Fire?*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. XLV, n. 41, 2002; tr. it. *RIDL*, 2003, I, pp. 137-165 (riprodotto anche in appendice al cap. VII di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

STEWART J. SCHWAB, *Employment Discrimination*, voce dell'Encyclopedia of Law and Economics (cur. B. Bouckaert, G. De Geest, Northampton, Edward Elgar Publishing, sect. 5530, 1999; tr. it. *RIDL*, 2000, I, 3-40 (riprodotto anche in appendice al cap. VII di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

J.H. VERKERKE, *Labor Contract Law*, nel *New Law and Economics Dictionary*, London, Palgrave, 1998; trad. it. *RIDL*, 1998, I, pp. 293-315 (riprodotto anche in appendice al cap. X di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchy: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975.

O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, 1985; tr. it. Milano, Angeli, 1987.

## Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement\*

Antoine Jeammaud

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| Introduction                                                         | 204 |
| I. L'ambivalence du droit du travail dans son rapport au capitalisme | 205 |
| II. Confronter le droit du travail aux "exigences de l'économie"     | 213 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 41/2005

## Introduction

Les rapports entre le droit du travail et l'économie ne sont pas, à notre sens, des relations entre deux savoirs<sup>602</sup>. Ce que la pensée moderne nomme "économie" est une dimension de nos sociétés ou, mieux, une classe de pratiques sociales identifiée, objectivée, par un savoir apparu au XVIII<sup>e</sup> siècle: des pratiques de production et d'échange de biens et de services, que cette "science économique" s'est attachée à repérer dans leur singularité et à comprendre ou expliquer selon divers paradigmes. Le droit, en revanche, est un phénomène social doté d'une sorte de "matérialité" indépendante des discours et savoirs dont il peut faire l'objet, puisqu'il s'agit d'un phénomène de normativité sociale affichée, d'un procédé de régulation des rapports sociaux, visant à les ordonner, à favoriser leur maintien ou à les amender au moyen de règles pour la plupart posées. Le droit est donc donné au juriste chargé de le décrire, l'étudier ou en interpréter les énoncés constitutifs, comme (ou presque) à n'importe quel acteur<sup>603</sup>, tandis que l'économie est un objet construit par les économistes. Pour reprendre, sans paradoxe, la terminologie wébérienne<sup>604</sup>, "l'ordre économique" doit beaucoup plus à la construction de ses observateurs savants que "l'ordre juridique" au savoir des juristes décrivant ce "cosmos de normes" socialement produites ou posées.

Ce droit du travail pourrait constituer un corps de dispositions n'ayant d'autre caractère commun et remarquable que de se rapporter au travail humain. Or, si l'on peut concevoir et rencontrer différents types de "réglementation" de cette dimension de la vie sociale, dans les sociétés comme la nôtre le droit du travail constitue un ensemble de normes ordonnatrices du travail salarié, par priorité sinon exclusivement; et de normes dont il est entendu qu'elles tendent globalement à protéger le travailleur salarié en tant que partie faible au rapport avec son employeur. Au demeurant, cette protection n'est pas seulement tutelle que la puissance publique accorderait à ce salarié en imposant à cet employeur, partie dominante, obligations et interdictions. Elle repose aussi sur l'attribution au travailleur de droits subjectifs qui lui assurent une certaine autonomie d'action pour la défense de ses intérêts. De plus, ce *corpus* de règles ne se borne pas à gouverner les rapports de travail (qu'il tend à transformer en rapports d'emploi), puisqu'il prend également en compte ou instaure des relations professionnelles (organisation et représentation des intérêts, moyens d'action autonome et procédés de conflit, négociation) dont le régime sophistiqué éloigne un peu plus de l'image d'un droit purement tutélaire à travers lequel l'État protégerait le salarié. Ce droit du travail, support normatif de l'ordonnancement des relations du travail<sup>605</sup> constitue, en cela, une variante nationale d'un *certain modèle de droit du travail* (qui est à son tour l'une des configurations de la composante juridique du "modèle social européen").

<sup>602</sup> L'opinion contraire paraît dominer. V. par exemple: B. Oppetit, *Droit et économie*, *Arch. phil. dr.*, t. 37, Sirey, 1992, p. 19, repris dans *Droit et modernité*, PUF, Coll. Doctrine juridique, 1998, p. 169.

<sup>603</sup> Du point de vue sereinement positiviste qui est le nôtre lorsqu'il s'agit, non pas de dire ce qu'est le droit, mais d'identifier ce que, dans nos sociétés, l'on nomme "droit". Ce point de vue repose sur une distinction du droit et de la "science du droit" (c'est-à-dire la ou les disciplines prenant ce droit pour objet).

<sup>604</sup> Max Weber, *Économie et société* (traduction de *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922), Plon, 1971, t. I, p. 321 et suiv.

<sup>605</sup> Sur ce concept: A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, *L'ordonnancement des relations du travail*, *D.* 1998, Chr. 359. Peu importe que la branche du droit étatique nommée "droit du travail" n'œuvre pas seule à cet ordonnancement et que d'autres branches (droit constitutionnel, droit civil, droit administratif, etc) y contribuent aussi.

Les traités et manuels exposant et interprétant l'agencement juridique des relations du travail, et à travers lui le droit du travail-branche, ne manquent pas de souligner les *interactions de celui-ci et de l'économie*. Sacrifiant à cet indispensable exercice, le deuxième chapitre de la partie introductive du Précis Dalloz porte encore, dans la plus récente édition de l'ouvrage, l'empreinte de considérations qu'avait pu y loger Gérard Lyon-Caen; en particulier sur la contradiction partielle entre les aspirations que cette branche du droit prétend satisfaire et les exigences auxquelles elle se trouve soumise (exigence de justice *versus* contrainte économique)<sup>606</sup>. Mais s'y trouve également évoqué un propos plus original, inauguré un demi-siècle plus tôt par celui qui débutait alors dans la discipline avec un article sur "les fondements historiques et rationnels du droit du travail"<sup>607</sup>. Un article dont un manuel allait reprendre les conclusions<sup>608</sup> et que la revue *Droit ouvrier* a opportunément annexé à celui donné par Gérard Lyon-Caen quelques semaines avant sa disparition<sup>609</sup>.

Le texte, proprement iconoclaste, de 1951 se concluait par une caractérisation substantielle du droit du travail en forme de définition tranchant avec celles proposées jusqu'alors. "Il ne me semble pas que la définition alors avancée fût inexacte", allait écrire l'auteur au soir de sa vie<sup>610</sup>. En tout cas, elle n'est pas restée sans prolongement. Elle a constitué la première expression, au moins dans la littérature de droit français, d'une thèse sur *ce que fait ce droit du travail dans son rapport avec le système économique structurant notre société*: celle que l'on a pu nommer *thèse de l'ambivalence*<sup>611</sup>. Demeurée fort minoritaire, et très ignorée sans doute, elle propose la représentation aux arêtes les plus vives des rapports entre droit du travail et économie capitaliste. Aussi convient-il d'en retrouver les termes, mais aussi d'en relever les limites (I). Celles-ci majorent l'intérêt de recherches qui, prenant au sérieux l'invocation des "exigences de l'économie" au stade actuel de la mondialisation, visent à produire des connaissances partielles mais plus fines, étayées par des données empiriques (II).

### I. L'ambivalence du droit du travail dans son rapport au capitalisme

Le plus illustre des maîtres français de la discipline avait exposé, au milieu du siècle dernier, une représentation des rapports entre droit du travail et économie que l'on peut dire classique, mais à laquelle un jeune professeur avait bientôt opposé une autre lecture (A). Celle-ci allait connaître,

<sup>606</sup> Ce chapitre intitulé "Le droit du travail dans la société" dans la 22<sup>e</sup> édition (J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, 2004) reste un développement du chapitre "L'économie et le social" de la 19<sup>e</sup> édition (1998), la dernière à laquelle G. Lyon-Caen a directement contribué. À notre avis, ni le texte de 1998, ni celui de 2004 (v. n° 22 et suiv., 45 et suiv.) n'illustrent ce qu'un auteur appelle la "doctrine progressiste" (R. de Quénadon, La "doctrine progressiste": une lecture du droit du travail en crise ?, *D.* 2005, chron. 1736), c'est-à-dire la lecture de l'évolution du droit du travail comme une marche constante dans le sens du "progrès social".

<sup>607</sup> *Dr. ouvr.* 1951. 1.

<sup>608</sup> *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 19-21. Sur l'originalité de cet ouvrage en son temps, v.: B. Géniaut, C. Giraudet, C. Mathieu, Les ouvrages de droit du travail des années cinquante, *Dr. ouvr.* 2003. 367.

<sup>609</sup> Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée, *Dr. ouvr.* 2004. 49.

<sup>610</sup> Permanence et renouvellement..., préc., p. 49.

<sup>611</sup> L'expression, que l'on ne trouve pas dans les textes de G. Lyon-Caen, ni dans les écrits de la même veine qui seront évoqués plus avant, a été employée par Jean-Claude Javillier dans son traité des années soixante-dix (*Droit du travail*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n° 107-108). Elle paraît trop anodine, mais aucune autre, en fin de compte, ne paraît préférable (celle de "thèse marxiste" conviendrait moins encore, compte tenu de la diversité des points de vue d'auteurs qui ont pu se réclamer du marxisme). Elle est retenue dans les plus récentes éditions du Précis Dalloz (22<sup>e</sup> éd., préc., n° 32).



quelque trente ans plus tard, une nouvelle formulation dans le cadre de la construction d'une théorie critique d'inspiration marxiste (B). Déclin de cette veine d'interprétation du monde social ou faiblesse intrinsèque - les deux sans doute - cette thèse n'a pas eu grande influence chez les juristes (C).

A/ De ce que Paul Durand écrit dans son traité publié au lendemain de la seconde guerre mondiale, on retiendra trois idées. L'auteur pose, en premier lieu, que "des liens étroits unissent l'organisation économique et le droit du travail", en ce sens que ce dernier "subit l'influence des idées, des faits et des structures économiques"<sup>612</sup>. En deuxième lieu, il considère que "la formation d'un droit du travail n'est pas conditionnée par un système économique déterminé", parce que "le fait qui lui donne naissance, l'état de dépendance juridique, se retrouve aussi bien dans un régime capitaliste que dans une société collectiviste"<sup>613</sup>. Enfin, il observe que ce droit influence "la vie économique" à travers son incidence sur deux éléments essentiels de l'action économique - l'utilisation et la rémunération de la main d'œuvre<sup>614</sup> - mais aussi qu'il contribue à la paix sociale dans la mesure où il "exprime le sentiment de justice du milieu social"<sup>615</sup>. On a ainsi la version la plus claire d'une analyse, somme toute banale, qui exclut l'idée d'une détermination du droit par l'économie au profit de celle d'une interaction entre système économique et régime des relations du travail. Une analyse au demeurant harmonieuse avec la représentation des rapports sociaux, exclusive de toute idée de conflit radical entre capital et travail, qui sous-tend la "doctrine de l'entreprise" cultivée par l'auteur.

Tout autre est la lecture proposée par Gérard Lyon-Caen dans son article de 1951, puis dans son manuel de 1955. Elle voit dans le droit du travail un traitement du travail lié au régime capitaliste, dans la mesure où la pratique à grande échelle du salariat présupposait une dissociation du travail humain et de la propriété des "instruments de production"; dissociation consommée par la consécration d'une liberté du travail contraignant le travailleur "libre" à vendre sa force de travail contre un salaire pour subsister. Ce droit du travail serait doublement lié, par son histoire et par sa substance, au capitalisme:

- si la naissance d'un droit du travail salarié supposait une assez ample pratique de ce genre de travail appelé par l'avènement du capitalisme, sa formation puis son développement doivent fondamentalement à l'action du mouvement ouvrier, c'est-à-dire de la classe ouvrière organisée pour lutter contre l'exploitation capitaliste et tenter de modifier son sort dans la société; sa teneur est le fruit de cette lutte de classe menée contre le patronat et l'État garant de l'ordre bourgeois, c'est-à-dire d'une lutte politique et d'une lutte sociale qui ont connu des succès et des revers imprimant au développement de la "législation ouvrière" des mouvements de flux et de

<sup>612</sup> *Traité de droit du travail*, LGDJ, Tome 1, avec le concours de R. Jaussaud, 1947, n° 8.

<sup>613</sup> *Ibid.*

<sup>614</sup> *Traité...*, n° 14 et suiv. L'auteur avait déjà constaté l'apparition d'un "droit du travail à finalité économique" (Une orientation nouvelle du droit du travail, *DC* 1941, chron. 29). Idée reprise par G. Levasseur, présentant le droit du travail comme une "technique de direction économique" par certains de ses aspects (Évolution, caractères et tendances du droit du travail, in *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, Tome II, p. 444).

<sup>615</sup> *Traité...*, n° 13.

reflux, tels que cette dernière a contribué à améliorer la condition de cette classe "sans jamais parvenir à la transformer absolument"<sup>616</sup>;

- cette genèse autorise à définir le droit du travail comme "l'ensemble des règles qui régissent: 1°) l'exploitation du travail humain en régime capitaliste; 2°) les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation; 3°) les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même"<sup>617</sup>.

Différant à la fois d'une définition formelle, qui vise seulement à identifier le droit du travail au sein de l'ordre juridique d'un pays, et d'une définition par les finalités ("droit visant à protéger les salariés"), celle qui est ainsi proposée peut être qualifiée de substantialiste. Elle tente de dire la nature profonde de ce droit. Son auteur la présente comme le fruit d'une "conception scientifique du droit du travail" et l'oppose aux représentations distillées par les principaux ouvrages alors disponibles: celle qu'il impute à un "réformisme opportuniste"<sup>618</sup>, comme celle empreinte d'idéalisme mystificateur et, plus largement, toutes celles négligeant ou niant la lutte des classes.

Bien qu'elle ne fasse aucune référence à Karl Marx ni au matérialisme historique, cette analyse a été aussitôt perçue comme "marxiste". De fait, G. Lyon-Caen allait écrire, bien plus tard, que son ambition avait été d'entreprendre pour le droit (ou pour la "science juridique") "ce que Marx avait fait pour la science économique: une analyse critique sans indulgence"<sup>619</sup>.

B/ Pourtant, cette thèse de l'ambivalence du droit du travail dans son rapport au système capitaliste n'allait pas être accueillie par les juristes liés au Parti communiste français. La perception de ce droit qu'offrent les auteurs d'un ouvrage publié à la fin des années soixante par les Éditions sociales, reste celle d'un îlot de "contre-droit" au sein du droit bourgeois, d'un "droit d'inspiration démocratique et populaire"<sup>620</sup>. En revanche, les vues de deux juristes universitaires de la décennie suivante, étrangers à cette mouvance idéologico-politique, n'étaient pas très éloignées de celles de Gérard Lyon-Caen<sup>621</sup>.

<sup>616</sup> Les fondements historiques et rationnels..., p. 3 (p. 54 dans la publication de 2004); *Manuel...*, n° 174. On trouve trace de cette analyse de l'évolution normative, appliquée à la période plus récente, dans l'idée de "réversibilité du droit du travail" à laquelle est consacrée le dernier ouvrage de l'auteur (*Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995).

<sup>617</sup> Les fondements historiques et rationnels..., p. 5 (p. 56 dans la publication de 2004); *Manuel...*, n° 21. Une définition un peu différente allait figurer dans le Précis Dalloz jusqu'à sa 19<sup>e</sup> édition ("... ensemble des règles: qui reflètent les exigences du fonctionnement des entreprises dans leur utilisation de la force de travail; qui traduisent en termes juridiques les avantages obtenus par l'action collective des travailleurs; que l'État impose dans le cadre de sa politique et qu'il charge son administration et ses tribunaux de faire respecter"). Elle a ensuite cédé la place à une définition plus formelle, propre à identifier le droit du travail sans rien dire de sa nature, de sa signification (v. 22<sup>e</sup> éd., préc., n° 7).

<sup>618</sup> Illustré par Georges Scelle, qu'il crédite pourtant d'une certaine lucidité lorsqu'il voit dans le droit du travail une "législation de classe" (à ce détail près que "c'est l'ensemble du droit actuel qui tend au maintien d'un ordre favorable à une classe et oppresseur pour une autre") mais auquel il reproche un point de vue "résolument idéaliste (et) historiquement inexact" lorsqu'il affirme que cette législation s'efforce de réaliser la justice sociale" (Les fondements historiques et rationnels..., p. 3; p. 55 dans la publication de 2004). Dans le *Manuel* de 1955, G. Lyon-Caen oppose son analyse du droit du travail à celle d'un Scelle, rattaché au "courant anarcho-syndicaliste" et à celle d'un P. Pic rapproché du "socialisme réformiste" (n° 18). Le qualificatif alors appliqué à la pensée du premier nommé apparaît contestable s'il est exact que son œuvre et ses engagements relèvent plutôt d'un radicalisme d'inspiration solidariste. V.: C.-M. Herrera, Un juriste aux prises du social. Sur le projet de Georges Scelle, *Rev. franç. hist. des idées pol.* 2005. 113 (qu'accompagne un article de l'auteur sur "Le problème ouvrier", publié en 1924).

<sup>619</sup> Permanence et renouvellement..., p. 50.

<sup>620</sup> M. et R. Weyl, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Ed. Sociales, 1968, p. 101-102, p. 126 et suiv.

<sup>621</sup> P.-D. Ollier, *Droit du travail*, A. Colin, Coll. U, 1972; L. François, *Introduction au droit social*, Faculté de Droit de Liège, 1974.

L'existence de cette tendance non conformiste a pu encourager quelques juristes de la génération suivante à réactiver une mise en question de la représentation convenue du droit du travail. Sinon dans le cas de Bernard Edelman, alors très sensible à la lecture de Marx par Althusser, du moins dans celui de membres du mouvement "Critique du droit"<sup>622</sup>. Ces deux tentatives ont, en effet, produit des analyses assez différentes. L'une prend le contre-pied de la conception hégémonique pour soutenir que le droit du travail n'est en fin de compte que le vecteur ou le produit d'une "légalisation de la classe ouvrière", "du droit bourgeois qui s'applique au travail"<sup>623</sup>; d'où l'on devrait déduire que les travailleurs n'en retirent rien d'essentiel et n'ont rien à attendre de son éventuel "progrès"<sup>624</sup>. L'autre retrouve et développe la thèse de l'ambivalence, en s'attachant davantage aux apports théoriques du courant marxiste<sup>625</sup> comme à l'analyse des règles et mécanismes du droit positif<sup>626</sup>. Engagée par des essais individuels<sup>627</sup>, cette démarche s'est ensuite traduite par une exploration du droit du travail à partir de diverses entrées - du réexamen de sa genèse à une nouvelle interprétation de ses fonctions - dans un ouvrage réalisé par un groupe de jeunes juristes auxquels Gérard Lyon-Caen avait souhaité se joindre<sup>628</sup>.

Cette lecture critique du droit du travail vise principalement à élucider ses *fonctions*, distinguées de ses fins ou finalités convenues qui seraient "la protection des salariés", "le progrès social", voire une réforme sociale de "troisième voie" également distante du capitalisme et du socialisme<sup>629</sup>. Elle livre une interprétation des voies par lesquelles le régime juridique propre des relations du travail (régime du contrat de travail, pouvoirs patronaux, etc) et les dispositions du droit commun des obligations, dont il n'est ni séparé (cf. l'art. L. 121-1 C. trav.) ni dissociable, œuvrent à la fois à la constitution et au travestissement des rapports entre capital et travail salarié - rapports d'exploitation de la force de travail par le premier, caractéristiques du mode de production capitaliste - à leur légitimation, leur fonctionnement, leur protection, leur reproduction. Une

<sup>622</sup> Constitué en 1977, peu après la parution du livre de Michel Miaille, *Une introduction critique au droit* (Maspéro, 1976) mais sans lien direct avec celle-ci. Constitution attestée par la publication de la revue *Procès*, puis d'un ouvrage-manifeste: *Pour une critique du droit* (Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel), Maspéro-PU Grenoble, 1978.

<sup>623</sup> B. Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, Ch. Bourgois, 1978.

<sup>624</sup> Cf. notre note de lecture dans *Procès* 3-1979, p. 156.

<sup>625</sup> À commencer par des écrits de Karl Marx lui-même (*Le Capital* notamment), mais aussi des analyses de N. Poulantzas, E. Balibar, E.-B. Thompson, M. Godelier, P. Naville, M. Miaille et d'autres membres du groupe "Critique du droit". On ne trouvera guère trace d'influence de L. Althusser. Limitée est la référence à E. Pasukanis, dont l'ouvrage (dans sa traduction française) reste obscur (A. Supiot y voit, au contraire, "la présentation la plus intelligente et la plus systématique" de la "critique marxiste du Droit": *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 103, note 2). Sont aussi mises à profit des analyses d'auteurs se réclamant moins clairement ou pas du tout du marxisme.

<sup>626</sup> Un observateur éclairé distingue exactement les trois conceptions qui, en France, se sont réclamées du marxisme (G. Couturier, *Droit du travail*, PUF, T. I, 3<sup>e</sup> éd., 1996, n° 9).

<sup>627</sup> A. Jeammaud, *Droit du travail et/ou droit du capital*, *Procès* 2-1978, p. 15; Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail, *Dr. soc.* 1978. 337.

<sup>628</sup> *Le droit capitaliste du travail*, par F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, PU Grenoble, Coll. Critique du droit, 1980. Mis en chantier et coordonné par nous-même avec le concours d'A. Roudil, mais soumis à discussion collective avant bouclage du manuscrit, cet ouvrage comporte une contribution de G. Lyon-Caen sur "La crise actuelle du droit du travail".

<sup>629</sup> Une posture critique se caractérise d'abord par l'interrogation sur les fonctions sociales du droit, de telle ou telle de ses composantes ou institutions (à quoi sert-il ou sert-elle *objectivement* dans la société ?), malgré la difficulté que l'on peut éprouver à dégager une compréhension précise du concept de fonction (central en sociologie du droit), en raison de la banalité d'usage du terme (le plus souvent employé comme synonyme de "fin" ou "finalité", ou "rôle" à propos d'une disposition particulière), comme du risque de dérive fonctionnaliste.

œuvre que ces multiples dispositions accomplissent tant à travers leur signification normative (institution de rapports et gouvernement de pratiques) qu'en nourrissant une certaine représentation des rapports sociaux (dimension idéologique).

La thèse avancée<sup>630</sup> est que *le droit du travail participe à l'"expression juridique déformante" et au "conditionnement juridique" des rapports de production (concept de "médiation juridique de l'exploitation de la force de travail"), autant qu'à la "sauvegarde de la domination capitaliste"*. Elle se laisse résumer à l'extrême en deux propositions:

- le droit du travail contribue à la légitimation de ces rapports que fondent d'autres dispositifs (propriété, liberté et techniques contractuelles) d'un ordre juridique dans lequel il s'inscrit pleinement, et il tend ainsi à leur sauvegarde, en limitant ou tempérant l'exploitation de la force de travail, donc en les rendant plus acceptables, mais aussi en assurant une manière d'égalité entre entrepreneurs concurrents et, au-delà de ces derniers, entre détenteurs du capital, au service d'une "saine concurrence" (garantie, mais empêchée d'"avilir" les conditions de travail)<sup>631</sup>;
- il est ambivalent dans sa relation avec le système capitaliste, en ce sens qu'il l'amende en assurant une réelle protection aux porteurs de cette force de travail qui doivent la vendre (ou la louer, peu importe).

Cette œuvre de sauvegarde accomplie par un corps normatif, que l'on peut dès lors qualifier de *"droit capitaliste du travail"*, repose en partie sur un effet de juridification (ou juridicisation)<sup>632</sup>, qui apparaît si l'on prête attention aux modalités d'une régulation du social par production d'énoncés destinés à signifier des règles ou des décisions. Des énoncés voués à interprétation en contexte de différends, des règles nécessairement abstraites (celles du droit commun des obligations le sont tout particulièrement) même si leur signifiant linguistique vise des situations en apparence très concrètes (comme le sont ceux du code du travail) : on comprend que le droit soit apte à celer la réalité des rapports qu'il rend possibles et régit, mais aussi que ses solutions puissent, à textes constants, favoriser tour à tour les intérêts des employeurs et ceux des salariés<sup>633</sup>, et être l'objet de véritables "luttres pour le sens des énoncés" entre lectures servant des

<sup>630</sup> Notamment dans la partie "Les fonctions du droit du travail" (p. 149 et suiv.) de l'ouvrage *Le droit capitaliste du travail*, préc. Cette thèse ne relève pas de la "doctrine progressiste" au sens de l'étude de R. de Quénadon (préc.). Il nous semble d'ailleurs que cette dernière expression conviendrait pour nommer un courant du milieu des juristes, universitaires ou praticiens, se livrant à l'activité doctrinale (identification et traitement des questions de droit, appréciation de la *lex lata* et positions sur la *lex ferenda*) distinguée de l'activité proprement théorique, et soutenant des argumentations ou des opinions favorables aux intérêts des salariés afin que le droit positif évolue effectivement dans le sens de ce qu'ils pensent être le progrès social. Se situer dans ce courant doctrinal n'implique pas que l'on adhère à une théorie critique du droit du travail, qu'il s'agisse de celle de B. Edelman ou de la "thèse de l'ambivalence". L'une et l'autre, d'ailleurs, ont suscité la méfiance, sinon l'hostilité, de la majorité des juristes de (ou proches de) la CGT comme de la CFDT.

<sup>631</sup> A. Jeammaud, La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003, p. 371; A. Lyon-Caen, Droit du travail et libéralisation des échanges: regards sur leur liaison, in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro* (dir. A. Lyon-Caen et A. Perulli), Padoue, Cedam, 2005, p. 23.

<sup>632</sup> Ce concept est délicat et le terme qui le nomme s'avère polysémique. Pour une tentative d'identification de ses possibles significations, v. notre texte: Des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, dir. G. Martin et J. Clam, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1998, p. 47, spéc. p. 62 et suiv.). Il nous semble que "juridification" conviendrait mieux, ici, que "juridicisation", utilisé en 1980.

<sup>633</sup> Certains des "aléas de la domination par le droit" (*Le droit capitaliste du travail*, préc., p. 200 et suiv.) correspondent à certaines manifestations de ce que G. Lyon-Caen allait appeler la "réversibilité" du droit du travail (ouvrage préc. *supra* note 13).

intérêts antagonistes<sup>634</sup>.

Cette interprétation du droit du travail s'écarte d'une représentation, souvent jugée essentielle à "la théorie marxiste" dont elle exprimerait au plus haut point l'inscription dans la tradition philosophique matérialiste. Il s'agit de l'opposition entre "infrastructure" (les "rapports économiques") et "superstructure", qui situerait le droit à ce second niveau, en compagnie de la morale, de la religion et d'autres composantes d'une "idéologie" comprise comme corps de croyances ou représentations trompeuses de l'infrastructure, "vraie base" de la société et seule "déterminante en dernière instance". À considérer divers écrits issus de "Critique du droit"<sup>635</sup>, la théorisation esquissée rompt avec la thèse déniautout autonomie ou "efficace propre" au droit, que l'on pourrait déduire de cette distinction pratiquée par Marx<sup>636</sup> mais qui ne peut avoir d'autre sens que métaphorique. *Le droit, donc le droit du travail, ne saurait être ni "simple reflet", ni "produit" de rapports économiques, que ceux-ci détermineraient comme la cause détermine l'effet*, sous réserve d'une vague "action en retour de la superstructure sur l'infrastructure". L'idée de rapports "purement économiques", antérieurs à toute forme de juridicité, paraît erronée: l'économie capitaliste, pour ne parler que d'elle, peut-elle se concevoir, donc se construire, sans une représentation (déjà) juridique des relations entre ses agents, sans positivité de normes juridiques instituant un marché? Peut-on concevoir un marché sans consécration d'une liberté de contracter, d'acheter et vendre, sans cadre normatif fournissant des références communes, voire garantissant une concurrence? Conçoit-on un "marché du travail" sans préexistence d'une représentation et d'une construction juridiques du travail comme possible objet d'échanges<sup>637</sup>? *Une part de l'ordre juridique positif participe à la configuration des rapports sociaux de production, et pas seulement à leur reproduction ou leur protection*: le droit n'est pas extérieur ("postérieur") à l'économie, et simplement chargé d'en travestir la réalité<sup>638</sup>. Ce modeste apport du courant "Critique du droit", en particulier avec la formulation renouvelée de la thèse de l'ambivalence du droit du travail, constitue moins une pièce de ce qui serait une "théorie marxiste du droit" qu'une contribution, principalement inspirée par l'œuvre marxienne, au débat théorique et politique sur le droit dans notre société.

<sup>634</sup> Il y a donc place pour ce que Jean-Paul Murcier et le service juridique de la CFDT ont pu théoriser, dans les années 70-80, sous le nom de "conflit des logiques" (v. notamment : *Le droit du travail dans la lutte des classes*, CFDT *Aujourd'hui*, n° 23, 1977, p. 3, et différents articles republiés dans *Action juridique-CFDT*, n° 100, Mai 1993); une analyse à laquelle d'autres juristes ont adhéré (J.-C. Javillier, dans son *Droit du travail*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n° 14; T. Grumbach, *Méthode du conflit des logiques et conventions instituant*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 43). Pour une présentation et une appréciation nuancée de cette construction, v.: A. Supiot, *Les juridictions du travail, Traité de droit du travail*, tome 9, Dalloz, 1987, n° 81 et suiv. Si l'expression choisie pour la nommer paraît discutable, nous ne partageons pas la vive critique que G. Lyon-Caen a toujours dirigée (v. en dernier lieu: *Permanence et renouvellement...*, préc., p. 50) contre cette théorisation à finalité militante, mais réaliste, d'un aspect essentiel de la vie du droit.

<sup>635</sup> V. notamment: Ph. Dujardin et J. Michel, *Marx et la question du droit*, in *Pour une critique du droit*, préc., A. Jeammaud, in *Le droit capitaliste du travail*, p. 153 et suiv.. Rapp.: M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, préc., p. 81 et suiv.

<sup>636</sup> Notamment dans un fameux passage de sa *Contribution à la critique de l'économie politique* publiée en 1859 (Giard, 1928, p. 4 et suiv.). Sur ce texte v. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, préc., p. 76 et suiv.

<sup>637</sup> On rejoint là l'idée d'une institution juridique du marché du travail (F. Gaudu, *L'organisation juridique du marché du travail*, *Dr. soc.* 1992. 941; J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc., n° 89).

<sup>638</sup> On est assez loin de la négation de l'autonomie du droit ("Marx aboutit à nier l'autonomie du juridique", observe très classiquement B. Oppetit, *Droit et économie, Droit et modernité*, préc., p. 170) ou de la sous-estimation de son rôle, généralement imputées à la théorie marxiste.

C/ Cette perception des relations entre le droit et les rapports qualifiés d'économiques, telle que le premier participe à la constitution et à la reproduction des seconds et que ceux-ci présupposent une forme élémentaire de juridicité, n'est pas sans parenté avec certaines théories économiques hétérodoxes de type institutionnaliste. Théorie de la régulation et théorie conventionnaliste<sup>639</sup> rejettent également l'idée que la coordination des actions économiques s'effectuerait essentiellement par le marché et les prix; par un marché conçu comme lieu de rencontre entre agents rationnels et parfaitement informés, cherchant à maximiser leurs intérêts à travers chaque transaction, un marché exempt de règles venant perturber le jeu spontané de la loi (sociologique) de l'offre et de la demande. Elles reconnaissent au contraire un rôle fondamental aux règles, normes, conventions et autres montages institutionnels dans la constitution même et le fonctionnement de l'économie<sup>640</sup>.

Cette convergence partielle peut fonder des coopérations en quête d'une meilleure intelligence de ce que font ou peuvent faire des dispositifs juridiques dans le champ économique<sup>641</sup>. Mais nous ne dirons pas qu'elle conforte une théorisation du droit du travail à laquelle on ne manquera pas de reprocher, selon le degré d'hostilité qu'elle inspire, sa complexité ou son caractère alambiqué. Ce facteur de faiblesse tient pourtant à une conscience de l'ampleur et de la difficulté des questions qui surgissent dès que l'on s'interroge sur les fonctions sociales du droit. En effet, on se trouve en présence d'une théorie modeste. Elle ne prétend pas répondre à l'ambitieuse question "pourquoi un droit du travail?", ni dans le registre de l'explication, ni dans celui de la justification<sup>642</sup>. D'ailleurs, dans sa plus récente formulation et à la différence de ce qu'avait pu avancer G. Lyon-Caen trente ans plus tôt, elle n'affirme pas l'existence d'un lien nécessaire et exclusif entre droit du travail et mode de production capitaliste. Elle prétend seulement mettre en évidence une *adéquation de ce droit à un système économique capitaliste*, qui est plus qu'une compatibilité mais moins qu'une nécessité, et même qu'une fonctionnalité.

Mais là n'est pas la seule raison de sa faible réception<sup>643</sup>. Il faut tenir compte de la traditionnelle hostilité du milieu des juristes à la théorie matérialiste de l'histoire et de la société développée par Marx. Une hostilité qui s'est élargie, au moins provisoirement, avec les tragédies de quelques révolutions communistes, avant de céder la place à un décret de mort du marxisme après la chute de l'empire soviétique puis la conversion de la Chine rouge à un capitalisme conquérant. Dans le

<sup>639</sup> Soit les deux courants de la science économique française plus connus sous les appellations respectives d'École de la régulation (M. Aglietta, R. Boyer, etc.) et d'École des conventions (F. Eymard-Duvernay, O. Favereau, R. Salais, L. Thévenot, etc.).

<sup>640</sup> Selon l'excellente formule d'un économiste qui se réclame de l'institutionnalisme, "il n'y a pas un marché mais des marchés, plus ou moins fondés sur les principes d'une régulation concurrentielle, mais toujours touchés par des règles; les marchés ne sont pas en effet des objets naturels, mais des constructions sociales, des institutions créées ou façonnées par le droit" (Th. Kirat, L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique: l'analyse économique du droit, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, préc., p. 339).

<sup>641</sup> A. Jeammaud, L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques, in *Le droit dans l'action économique*, dir. Th. Kirat et E. Serverin, CNRS Éditions, 2000, p. 219 (spéc., p. 222-223).

<sup>642</sup> Ce qu'ont pu tenter de faire, par exemple, A. Supiot (Pourquoi un droit du travail?, *Dr. soc.* 1990. 485), ou P. Verge et G. Vallée (*Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, Québec, 1997, p. 9 et suiv.).

<sup>643</sup> Rares sont les auteurs, en France et dans les pays francophones tout au moins (telle Micheline Jamoulle: *Le contrat de travail*, Tome I, Fac. Droit de Liège, 1982, p. 8 et suiv.; *Seize leçons sur le droit du travail*, Fac. Droit de Liège, 1994, p. 60), qui lui reconnaissent quelque mérite. Aujourd'hui qui parle de "théorie critique du droit du travail" songe sans doute à l'ouvrage d'Alain Supiot (*Critique du droit du travail*, PUF, 2<sup>e</sup> éd, Coll. Quadrige, 2002), dont les analyses sont éloignées de celles de "Critique du droit".

cercle des spécialistes du droit du travail, des auteurs parmi les moins sensibles à la contestation libérale des acquis sociaux s'en prennent en termes vifs, sinon aux analyses marxiennes en général, du moins aux tentatives des "docteurs du marxisme", indistinctement frappés par la réprobation du "socialisme ayant réellement existé"<sup>644</sup>.

Enfin, on ne saurait sous-estimer *les conséquences intellectuelles des expériences réformistes de majorités politiques de gauche* qui ont marqué la vie politique française depuis un quart de siècle, en particulier de celle des années 1981-1986. Le recours, évidemment sans alternative acceptable, à la réforme du droit par les voies de la démocratie représentative en vue de "changer la société" - notamment de "démocratiser" les relations du travail - puis la réalité et la modestie des résultats obtenus, ont eu un double effet. D'un côté, ils ont conforté le scepticisme suggéré par la théorie critique quant à l'aptitude du droit et de sa modification (à cadre constitutionnel et international constant) à transformer le système économique et les rapports sociaux. D'un autre côté, ils ont fait ressortir *les limites heuristiques de cette théorie*. Les amples réformes du droit du travail réalisées entre 1982 et 1985 invitaient, non pas à délaisser la thèse de l'ambivalence, mais à s'interroger sur l'amplitude réelle et concevable de modifications que ces innovations juridiques prétendaient apporter à cette manière d'équilibre entre classes sociales dans un rapport de domination, que procure en fin de compte le droit du travail. Elles conviaient à approfondir la description et l'interprétation de dispositifs juridiques, à s'interroger sur les conditions et le sens de la contribution d'un droit du travail "démocratisé" au cadre d'une démocratie rendant plus acceptable un ordre social lié au mode de production capitaliste. Or, par le degré de généralité qu'elle conservait dans sa plus récente formulation, la thèse de l'ambivalence offrait peu de ressources à cette fin. *La démarche critique à l'égard du droit ne pouvait donc plus se contenter de perfectionner une analyse fondamentalement tributaire de l'apport marxiste*<sup>645</sup>. D'autres circonstances allaient d'ailleurs la requérir d'explorer le droit dans son outillage et son fonctionnement le plus concret<sup>646</sup>.

L'entrée du droit du travail dans une phase d'incessantes réformes, d'instrumentalisation de ces changements normatifs et des dispositifs ainsi ajustés ou introduits, et de flexibilisation des conditions juridiques d'usage de la force de travail, a également affecté la représentation dominante. Même si le thème de "la crise du droit du travail" est moins présent que dans les années 80-90<sup>647</sup>.

<sup>644</sup> V. par exemple les pages d'A. Supiot sur "les critiques de la légalisation de la relation de travail" (*Critique du droit du travail*, préc., p. 200 et suiv.), ou sa dénonciation des vaines "théories qui prétendent aujourd'hui expliquer le Droit en se passant de l'idée de justice" et au nombre desquelles sont signalées les productions de "Critique du droit" (*Homo juridicus*, préc., p. 22-24). V. aussi ce que Jean-Pierre Le Goff dit de sa propre démarche et de son rejet de la grille d'analyse marxiste ("je n'étais pas de cette chapelle", caractérisée par "la priorité donnée au souci d'avoir raison sur celui de rendre raison"), dans l'avant-propos de la nouvelle édition de *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes, 2004; comp. ses propos plus nuancés dans *Droit du travail et société*, Tome 1, PU Rennes, 2001, p. 27-28.

<sup>645</sup> Cette tentative de dépassement inspire l'essai *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, dir. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, Actes Sud, 1986 (v. p. 9 et suiv.).

<sup>646</sup> La jonction avec des préoccupations plus classiques de théorie du droit (théorie de la norme) et de sociologie du droit a été illustrée, notamment, par la création du Centre de recherches critiques sur le droit de l'Université de Saint-Etienne.

<sup>647</sup> Thème inauguré par la contribution de G. Lyon-Caen à l'ouvrage *Le droit capitaliste du travail*, préc. Sa vogue des années durant signifiait nécessairement que la "doctrine progressiste" (au sens indiqué *supra*, note 5) n'était déjà plus ce qu'elle avait pu être. Encore fallait-il s'entendre sur ce concept de "crise", et cette exigence conceptuelle rendait le diagnostic fort délicat (A. Jeammaud, Sur le



Du coup, la thèse de l'ambivalence a perdu de son caractère subversif. Il est probable que domine aujourd'hui, soit une représentation des interactions entre économie et droit du travail héritée de P. Durand mais moins sensible aux ambitions de celui-ci qu'aux exigences de celle-là<sup>648</sup>, soit un discours dérivé de l'exaltation contemporaine de l'entreprise et voyant dans le droit du travail un "droit organisateur de l'entreprise"<sup>649</sup>. Pas plus que la thèse critique, pourtant, ces interprétations ne devraient dispenser de nouveaux efforts de compréhension du fonctionnement et des effets sociaux du droit du travail.

## II. Confronter le droit du travail aux "exigences de l'économie"

Alors que le capitalisme domine totalement la planète et en l'absence, pour l'heure, de claire alternative, on souligne les vertus du droit social comme armature d'une "société salariale" qui se délite<sup>650</sup>. On retient qu'il donne "visage humain" à cette économie de profit tendant à tout transformer en marchandise, et l'horizon désirable paraît être celui d'un "nouveau réformisme" adapté au contexte de changement du rapport des forces entre capital et travail, voire d'une "troisième voie" social-libérale. D'autant plus qu'au stade présent de la mondialisation de ce système économique, de sa "financiarisation", de la globalisation de l'organisation et de la stratégie des firmes, on perçoit fort bien ce qui menace les acquis de systèmes nationaux de droit social malgré l'existence de quelques normes et d'une organisation internationale ou de dispositifs régionaux imposant certains standards sociaux minimaux<sup>651</sup>. On pourrait d'ailleurs penser que l'interrogation inquiète sur l'avenir du droit social est stimulée par des attaques frontales menées contre ce dernier au nom des "exigences économiques" ou de "l'efficacité économique". Localement, on imagine l'argumentaire invoquant la nécessaire amélioration, au nom de "la lutte pour l'emploi", de la compétitivité des coûts de main d'œuvre pour les entrepreneurs et de l'attractivité du "site France" pour les investisseurs. Or, ces mises en cause restent dans l'ensemble prudentes - dans ce pays tout au moins - et ne s'adossent pas à de robustes connaissances (A). L'heure n'est-elle pas venue de s'engager sérieusement dans une analyse économique du droit du travail en quête d'une compréhension des manières dont ses dispositifs affectent concrètement ou s'inscrivent dans l'ordre économique présent (B)?

droit du travail de la crise, *Procès 6-1980*, p. 73, et Crise et relations du travail, in *Droit de la crise, crise du droit?*, Actes des Cinquièmes Journées R. Savatier, PUF, 1997, p. 91, spéc., p. 125-128).

<sup>648</sup> Représentation à l'œuvre, nous semble-t-il, dans l'étude de J.-E. Ray, Mutation économique et droit du travail, in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 11.

<sup>649</sup> J. Barthélémy, *Droit social, organisateur de l'entreprise*, Éd. Liaisons, 2003; B. Teyssié, Droit du travail et droit des affaires, *D.* 2004. 2698 (texte étonnant, puisque l'auteur est bien près de prétendre que le droit du travail appartient au droit des affaires et d'affirmer que ses dispositions doivent être interprétées et appliquées à la lumière d'un "principe de compétitivité", dont on ignore le statut, la source, la teneur). Parce qu'ils négligent de distinguer le *droit* (un ensemble de règles socialement produites) et les activités de connaissance ou la pratique dont il fait l'objet, c'est-à-dire sa *discipline* (sa "science"), de nombreux juristes qualifient facilement ce droit de "science". Il est alors tentant de voir dans le droit du travail une "science d'organisation" de l'entreprise (ex.: B. Teyssié, Remarques sur le droit du travail, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 495).

<sup>650</sup> R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, 1995. Travaillant sur des données récentes, J. Rigaudiat conclut à une "profonde dégradation de la condition salariale", qui alimente ce phénomène capital qu'est "la montée des précarités" (À propos d'un fait social majeur: la montée des précarités et des insécurités sociales et économiques, *Dr. soc.* 2005. 243).

<sup>651</sup> J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc., n° 46.



A/ Des juristes respectables assurent depuis longtemps, par exemple, que "le régime restrictif du licenciement" dessert les travailleurs par son inadaptation aux "contraintes économiques". La "psychose du licenciement interdit", ou au moins le risque élevé d'une contestation du licenciement et d'une condamnation pécuniaire, dissuaderait les employeurs d'embaucher et inciterait même, avec d'autres considérations liées aux "coûts induits" par la législation sociale, à déplacer la production vers des pays au droit moins exigeant. Les organisations patronales, des dirigeants d'entreprise, des économistes de tendance libérale s'en prennent avec constance aux "contraintes" engendrées par le droit du travail. Mais le procès instruit contre celui-ci - depuis sa naissance en vérité - *n'a pas encore donné lieu à la rédaction de quelque acte d'accusation savant, nourri de critiques radicales mais étayées*, dénonçant la responsabilité du droit social dans la nouvelle division internationale du travail en raison d'une rigidité du marché du travail entravant son ajustement naturel par les prix et décourageant l'embauche<sup>652</sup>.

Souvenons-nous du *Rapport sur les obstacles structurels à l'emploi*, élaboré il y a douze ans, à la demande du gouvernement Balladur, par un groupe d'experts présidé par J. Mattéoli. Il s'agissait alors de préparer ce qui allait être la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle du 20 décembre 1993. La prudence de ce document dans la mise en cause d'un droit du travail volontiers qualifié de "garantiste" confirmait la difficulté d'imputer l'aggravation du chômage à l'état de ce droit et d'apprécier les effets socio-économiques des dispositifs juridiques.

Cinq années plus tard, le groupe d'experts chargé par la Commission européenne d'identifier les perspectives d'évolution du droit du travail allait même proposer une vision franchement optimiste de la relation entre un droit du travail ambitieusement "reconfiguré" pour assurer un "état professionnel" à chaque personne à travers un système de "droits de tirage sociaux", et l'économie de l'Europe communautaire<sup>653</sup>. Certes les perspectives tracées suggèrent bien des questions sur les forces sociales susceptibles de les appuyer ou de s'y opposer, ou sur leur compatibilité avec l'organisation et les mouvements contemporains du capital à l'échelle mondiale. Mais ces interrogations sont-elles pertinentes? En effet, le chapitre "Droit du travail et performance économique" du rapport<sup>654</sup> semble ruiner quelques idées reçues et dissiper les doutes jetés par le plus classique procès du droit du travail et le plaidoyer en faveur de sa "flexibilisation". Ce texte s'en prend aux visions simplistes de la mondialisation (sa perception purement négative) en même temps qu'à l'idéologie de la flexibilité des conditions d'usage du travail salarié; il critique aussi vivement la théorie économique standard, son paradigme de l'*homo economicus* comme sa conception du marché du travail. Contre ces croyances et représentations, il propose la construction d'un "référént économique adéquat" permettant de concevoir un système performant alliant flexibilité pour les entreprises comme pour les travailleurs et sécurité pour les personnes, c'est-

<sup>652</sup> S'il insiste sur l'insuffisante performance du marché du travail et les impute partiellement à certains segments au droit social, le récent rapport de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE) sur l'économie française (*Études économiques de l'OCDE. France*, Juin 2005, [www.oecd.org](http://www.oecd.org)), ne constitue pas semblable réquisitoire.

<sup>653</sup> V. son rapport: *Au-delà de l'emploi*, dir. A. Supiot, Flammarion, 1998. Sur ce rapport, v. *Dr. soc.* 1999, p; 438 et suiv., et *Dr. soc.* 2000. 66.

<sup>654</sup> Influencé par les analyses de Robert Salais, l'un des principaux représentants de l'économie conventionnaliste.

à-dire cette "flexisécurité" dont on parle désormais. Un droit social sophistiqué ne serait donc pas le fauteur de déclin de nos économies.

Pourtant, cette analyse, qui ne doit guère convaincre les économistes du courant dominant, ne fait pas l'unanimité parmi les hétérodoxes<sup>655</sup>. Ne repose-t-elle pas sur une "vision éthérée des mutations économiques", et n'ignore-t-elle pas superbement la logique de la "mondialisation financière", la "contrainte de la finance"<sup>656</sup>? Le non-économiste est perplexe. Même s'il ne fait pas aveuglément confiance au savoir économique pour savoir ce qu'est l'économie, et s'il est prêt à admettre que les exigences de l'économie ne sont pas nécessairement celles qu'accrédite le sens commun<sup>657</sup>!

Dans la période la plus récente, la critique du droit du travail au nom des exigences économiques s'en prend moins à ses effets de perturbation ou à ses prétentions de tempérament des mécanismes du marché du travail, d'action sur la distribution des revenus, d'encadrement du pouvoir patronal (ses tendances à la "démocratie économique" pour emprunter la terminologie bien désuète du Rapport Auroux de 1981), qu'à son "incertitude"<sup>658</sup>. Une incertitude imputée à l'instabilité des règles juridiques, mais aussi à la teneur de nombre d'entre elles (en premier lieu celles qui imposent aux employeurs de justifier leurs décisions et retiennent comme critères de justification des notions indéterminées, voire des standards), génératrice d'imprévisibilité des évaluations juridiques auxquelles pourra donner lieu un procès dont le risque est censé avoir grandement augmenté (car nul ne conteste la réalité de la "judiciarisation" des relations du travail)<sup>659</sup>. Bref, grief est fait à des traits du droit de ce temps d'engendrer une "*insécurité juridique*" particulièrement nocive pour la direction des entreprises et l'investissement.

Le rapport *Pour un Code du travail plus efficace*<sup>660</sup>, remis en janvier 2004 au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité par M. de Virville, est exemplaire à cet égard. Ce document porte un jugement sur le droit du travail du point de vue de l'efficacité de l'activité économique des entreprises, mais sans prendre la peine - le risque - de préciser ce concept et encore moins

<sup>655</sup> Un autre économiste, Bernard Gazier, propose, à la lumière de l'expérience de divers pays européens et au terme d'une enquête collective et comparative, un modèle social ("social-démocrate") - donc de nouvelles règles pour le travail, l'emploi et la protection sociale - assez proche de celui du Rapport Supiot et tout aussi ouvertement axé sur "l'autre flexibilité", celle choisie par le travailleur (*Tous "sublimes"*, Flammarion, 2003).

<sup>656</sup> Th. Coutrot, 35 heures, marchés transitionnels, droits de tirage sociaux. Du mauvais usage de bonnes idées..., *Dr. soc.* 1999. 659 (spéc. p. 666).

<sup>657</sup> Certains ne jugent-ils pas que les pouvoirs dont notre droit positif investit tout employeur constituent une "nuisance économique" en ce temps d'extension des tâches cognitives et relationnelles (E. Dockès, Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique, *Dr. soc.* 2004. 620)?

<sup>658</sup> Observation confortée par la lecture: T. Sachs, Droit du travail et rhétorique libérale: la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité", in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, préc., p. 147...

<sup>659</sup> L'exemple le plus volontiers évoqué est évidemment celui de l'appréciation du caractère réel et sérieux du motif de licenciement, en particulier lorsqu'il s'agit d'un motif économique.

<sup>660</sup> La Documentation française, 2004. Le rapport souligne d'entrée que le droit du travail "poursuit deux missions essentielles": "il protège le salarié (...)" et "il contribue à une organisation efficace de l'activité économique des entreprises, en donnant à l'employeur un pouvoir de direction clair et sans ambiguïté lui permettant d'encadrer et d'orienter l'activité des salariés", par où "il est (...) source d'emploi". Cette présentation, à laquelle on reconnaîtra un certain réalisme, ne saurait être prise pour une variante de la thèse de l'ambivalence.

les critères de l'efficacité de dispositifs juridiques. La spectaculaire montée de cette valeur d'efficacité (à ne pas confondre avec l'effectivité) parmi les critères ou conditions de légitimité du droit laissait pourtant espérer un effort d'élucidation. D'ailleurs, ce rapport ne livre pas les enseignements d'une investigation rigoureuse sur les effets socio-économiques du droit du travail, mais plus sûrement des impressions ou convictions des membres du groupe ou des personnes auditionnées. Il critique surtout les manières de produire les règles juridiques, et la grande affaire paraît être, plus que la production législative et réglementaire à jet continu, l'audace de la chambre sociale de la Cour de cassation, la dérive légiférante qui lui est reprochée. Que l'insécurité juridique soit le mal majeur est confirmé par des documents publiés simultanément par des organisations patronales<sup>661</sup>; singulièrement l'insécurité inhérente à la rétroactivité des revirements de jurisprudence qui "peut produire des effets fondamentalement anti-économiques"<sup>662</sup>.

Au-delà des généralités routinières ou des formules polémiques, les accusations lancées contre le droit du travail par ceux qui lui font procès au nom de l'économie, ne sont pas aussi nourries qu'on pourrait l'attendre. Nous n'avons pas rencontré, dans la littérature de ce pays, de véritable reprise de la vision hayékienne, qui dénoncerait dans le droit du travail "la législation" par excellence (contre un "Droit" limité à des "règles de juste conduite"), une forme de pseudo-juridicité dégradée par l'interventionnisme étatique et radicalement anti-économique. Pas davantage de données issues de recherches méthodiques. Que les appels à l'éradication ("brûler le code du travail") restent inaudibles pourrait conforter la thèse de l'ambivalence du droit du travail dans son rapport à un système économique capitaliste. Mais l'argument serait de pure rhétorique et l'on ne peut se satisfaire de l'état présent des "savoirs".

La thèse de l'ambivalence demeure une interprétation, à notre avis pertinente, d'un droit "pris au sérieux" à la lumière d'une certaine théorie du capitalisme, mais elle se maintient à un assez haut niveau de généralité, même dans sa version la plus sophistiquée. Qu'un droit du travail "protecteur" des travailleurs salariés, promoteur de relations professionnelles fondées sur la liberté et l'autonomie syndicales, au surplus garant des "droits fondamentaux" dans les relations du travail, s'avère adéquat au capitalisme *n'empêche que le renforcement de la concurrence internationale, lié à l'intégration européenne et à l'intensification de la mondialisation de l'économie, accroît l'importance des différences substantielles entre les systèmes juridiques nationaux*. Parce que "l'assise spatiale des marchés correspond de moins en moins à l'assise spatiale des institutions et politiques sociales (...) la libéralisation des échanges rend plus sensible la diversité des droits du travail"<sup>663</sup>. La "concurrence par le droit" entre firmes ou entre États, jouant sur les écarts entre standards (et coûts) sociaux résultant des règles juridiques, est trop manifeste et dramatique (les délocalisations productives) pour que l'on s'en tienne à quelque thèse globale. À la considération de la mise en cause sans précédent du droit du travail des pays de notre région par cette intensification du processus de mondialisation, s'ajoute le constat d'une plus vive sensibilité à la diversité des intérêts qui s'entrechoquent dans nos "sociétés capitalistes développées" (ceux des salariés

<sup>661</sup> *Réflexions sur la simplification du droit. Note de l'Institut de l'Entreprise* (par Ph. Langlois), Janvier 2004; *Moderniser le code du travail. Les 44 propositions du Medef*, Direction des relations sociales du Medef, Mars 2004.

<sup>662</sup> *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis en novembre 2004 par N. Molfessis à M. le Premier président de la Cour de cassation.

<sup>663</sup> A. Lyon-Caen, *Droit du travail et libéralisation des échanges: regards sur leur liaison*, préc., p. 28.

en tant que tels, mais aussi ceux des usagers ou des consommateurs que sont aussi travailleurs et personnes privées d'emploi). Bref, les thèses ou positions évoquées jusqu'ici se révèlent un peu "courtes", et *beaucoup reste à faire pour comprendre le jeu et l'effet concret des dispositifs juridiques dans "l'ordre économique"*.

B/Des juristes sont depuis assez longtemps sensibles aux interactions du droit et de l'économie pour que soit apparu un "droit économique", au statut incertain<sup>664</sup>, mais qui s'entend probablement d'une manière de traiter ou pratiquer le droit positif plutôt que d'une nouvelle branche de ce système<sup>665</sup>. Le droit du travail serait donc justiciable de cette approche, mais les spécialistes de droit économique ont d'autres priorités. Certes, en dehors de ce milieu du droit économique, les juristes - les juristes du travail en particulier - ont à l'esprit une représentation plus ou moins syncrétique de ce qu'est l'économie ou au moins de ce qui est "économique" (ne serait-ce que pour pratiquer des opérations de qualification). Chacun d'eux a également, un sentiment, une idée, voire une conviction quant au poids qu'il convient de reconnaître aux lois ou exigences de cette économie dans l'application comme dans l'évolution du droit, ainsi que de la place à accorder au savoir produit par les économistes<sup>666</sup>. Un spécialiste réputé du droit du travail milite avec vigueur et constance pour la primauté de "la référence à l'intérêt de l'entreprise, créatrice de richesses, dispensatrice d'emplois" dans l'élaboration et l'interprétation de cette branche, allant même jusqu'à avancer que "le principe de compétitivité" doit gouverner l'application et l'interprétation de ses dispositions<sup>667</sup>. On en reste cependant à une référence purement rhétorique aux interactions de l'économie et du droit.

Or, les spécialistes de toutes les branches du droit positif sont aujourd'hui sollicités par un courant de pensée, *l'économie du droit* ou *analyse économique du droit* (AED), qui invite à systématiser l'appréciation de l'incidence économique des règles juridiques et propose des méthodes à cette fin. Il paraît ainsi répondre directement à la préoccupation diffuse d'efficacité et, en fin de compte, de viabilité économique des dispositifs juridiques. Développé aux États-Unis à partir des années soixante selon les canons de la théorie microéconomique néo-classique ("*new Law and Economics*", principalement basée l'Université de Chicago), ce corps de thèses sur le droit et de positions doctrinales sur son application, son élaboration, sa connaissance, a été assez tardivement connu dans notre pays. Les premiers exposés systématiques en langue française, par des

<sup>664</sup> V. par exemple le constat perplexe du regretté Bruno Oppetit (Droit et économie, préc., p. 172 et suiv.).

<sup>665</sup> "Le droit économique n'est pas une nouvelle matière juridique, mais une nouvelle optique vis-à-vis de matières traditionnelles", estiment deux pionniers (A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, PUF, Coll. Que sais-je?, 3<sup>e</sup> éd., 1982).

<sup>666</sup> Un repérage de ces conceptions doctrinales a été entrepris par Tatiana Sachs, doctorante à l'Université paris X-Nanterre, qui a bien voulu nous communiquer un texte livrant un aperçu de cette recherche. V. également, ci-dessous: A. Lyon-Caen, À propos de l'adjectif "économique" dans la langue du droit.

<sup>667</sup> Bernard Teyssié, Remarques sur le droit du travail, et Droit du travail et droit des affaires, préc. On s'interroge sur le statut de ce "principe de compétitivité"; serait-ce une norme nouvelle de notre droit positif?

auteurs nord-américains, remontent à une vingtaine d'années<sup>668</sup>. Cette AED, à triple vocation critique, normative et prédictive<sup>669</sup>, a d'abord été perçue comme un programme fortement marqué par l'idéologie néo-libérale. Les quelques analyses d'institutions du droit du travail destinées à convaincre un lectorat français<sup>670</sup>, puis le premier ouvrage d'un économiste local consacré à cette approche du droit<sup>671</sup>, pouvaient conforter cette perception. Mais - "positivisme tenace", idéologie "progressiste" hostile, ou encore réticence d'un certain jusnaturalisme? - on pouvait écrire, au début des années quatre-vingt dix, que ce mouvement n'avait qu'un très faible écho en France<sup>672</sup>.

Les choses ont changé, même si des juristes étrangers s'étonnent de la réserve de leurs collègues de l'Hexagone et entreprennent de les convaincre en soumettant certaines institutions du droit local à l'analyse économique<sup>673</sup>. Celle-ci est désormais mieux connue, en France, grâce aux exposés et investigations de quelques économistes sensibles au poids du juridique (de "l'ordre juridique" au sens wébérien, de ces règles que "visent" les acteurs) dans ou sur les actions ou activités sociales à travers lesquelles se réalise ou se manifeste "l'ordre économique"<sup>674</sup>. On dispose d'un certain nombre de publications individuelles de juristes locaux<sup>675</sup> ou des travaux collectifs impliquant des juristes<sup>676</sup>. L'encouragement vient de haut, puisque le Premier président de la Cour de

<sup>668</sup> L. A. Kornhauser, L'analyse économique du droit, *Rev. de synthèse*, n° 118-119, avr.-sept. 1985, p. 313, V° "Économie (Analyse — du droit)", in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ-Story scientia, 1<sup>er</sup> éd. 1986; E. Mackaay, La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, *Rev. intern. dr. éco.* 1986. 43. L'attention de nos voisins belges a été plus vite retenue, ainsi qu'en témoignent deux articles publiés en 1987 dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (n° 18): A. Strowel, Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner (p. 1) (également dans *Arch. phil. dr.*, t. 37, Sirey, 1992, p. 143), et B. Bouckaert, L'analyse économique du droit: vers un renouveau de la science juridique (p. 47).

<sup>669</sup> B. Lemmenicier, *Économie du droit*, Éd. Cujas, 1991, p. 17 et suiv.

<sup>670</sup> Nous songeons à trois études publiées dans un numéro de la revue *Droit prospectif-Revue de la recherche juridique* (1987-2) consacré à l'AED.

<sup>671</sup> B. Lemmenicier, *Économie du droit*, préc.

<sup>672</sup> B. Oppetit, Droit et économie, préc., p. 176 et suiv. Th. Kirat observe que, si le système de *common law* est réputé "largement perméable au calcul économique", la pratique de l'économie du droit en pays de tradition romano-germanique "suppose qu'elle intègre les particularités du système juridique, tels le poids des règles positives et de la législation, notamment par rapport aux tribunaux, ou l'inscription subtile et peu visible de la logique du calcul dans des dispositifs juridiques centrés sur la règle" (*Économie du droit*, La Découverte, Coll. Repères, 1999, p. 5).

<sup>673</sup> A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit: le cas français*, Avant-propos de L. Vogel, Éd. Panthéon-Assas, 2002.

<sup>674</sup> Thierry Kirat et Bruno Deffains, principalement. On doit au premier un petit ouvrage de présentation (*Économie du droit*, préc.) et divers articles livrant d'autres éléments de compréhension de l'AED (en particulier: Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit, in *Le droit dans l'action économique*, dir. Th. Kirat et É. Serverin, CNRS Éd., 2000, p. 43; L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique: l'analyse économique du droit, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, préc., p. 339). Le second conduit des recherches d'analyse économique de la justice ou d'autres objets juridiques, et a notamment dirigé un ouvrage sur *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (Éd. Cujas, 2002). D'autres textes d'économistes peuvent faciliter l'accès à cette connaissance (ex.: C. Fluet, L'analyse économique du droit, *Économie appliquée*, n° 3-1990, p. 53; S. Harnay et A. Marciano, Richard A. Posner. *L'analyse économique du droit*, Éd. Michalon, Coll. Le bien commun, 2003). V. également *Problèmes économiques*, n° 2.872, 30 mars 2005, comportant un dossier "Regards économiques sur le droit". Un récent et riche manuel de droit des obligations éclaire sur l'AED (M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, Coll. Thémis, 2004, n° 39 et 42).

<sup>675</sup> V. par exemples deux récents articles de notre collègue H. Muir Watt: Analyse économique et perspective solidariste, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 183; Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615.

<sup>676</sup> Ex.: *Le droit au défi de l'économie*, dir. Y. Chaput, 2002; *Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action*, dir. Th. Kirat, LGDJ, Coll. Droit et Société, 2003; L'analyse économique du droit des contrats: outil de comparaison, facteur d'harmonisation (Colloque Paris 1, mai 2004), *Gaz. Pal.*, 9-10 mars 2005.

cassation estime que celle-ci doit être capable "d'intégrer l'analyse économique dans le raisonnement juridique"<sup>677</sup>, que les juges comme le législateur doivent intégrer les données économiques dans la "prise de décision juridique", et en particulier considérer les conséquences économiques de leurs décisions<sup>678</sup>. Le discours de ce haut magistrat lors de la rentrée 2005 de la Cour a confirmé cette sensibilité aux interpellations de l'analyse économique du droit<sup>679</sup>. Le droit du travail est-il menacé, *via* un utilitarisme commandant l'instrumentalisation progressive des règles, d'un "économisme" dominé par le primat du marché et du "tout concurrence", avec généralisation d'un raisonnement "conséquentialiste" dans l'interprétation des dispositions et le règlement des différends? Le péril ne saurait être ignoré<sup>680</sup>. Le Président Canivet avertit toutefois que, même si "elles nous imposent (...) un programme ambitieux de modernisation de notre appareil légal et juridictionnel", ces analyses émanant du courant de l'économie du droit d'origine nord-américaine "ne peuvent être acceptées sans examen et rester sans réplique"<sup>681</sup>.

S'il est exact que, comme l'écrit l'un d'eux, "les économistes ont toujours manifesté une certaine réserve à l'égard du droit du travail, suspecté de perturber le fonctionnement efficace du marché"<sup>682</sup>, cette branche du droit aurait dû constituer un objet (ou une cible) privilégié pour les démarches d'AED. Pourtant, *hors du monde anglo-saxon, la pénétration de l'analyse économique du droit dans la discipline du droit social a tardé*<sup>683</sup>. Tout au moins à considérer les travaux univer-

<sup>677</sup> *Les Échos*, 1<sup>er</sup> mars 2004. On sait qu'un cycle de conférences "Droit, économie et justice" a été mis en place, à la Cour, à l'initiative du Premier président G. Canivet et de notre collègue M.-A. Frison-Roche.

<sup>678</sup> Note d'introduction de l'atelier "Droit, vie économique et sociale" du colloque "Quelles perspectives pour la recherche juridique?" (21-22 mars 2005), *Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice*, n° 19, Hiver 2004-2005, p. 4.

<sup>679</sup> "Le droit français est, dans l'ordre mondial, brutalement rappelé à l'impératif d'efficacité par des écoles américaines d'analyse économique des facteurs de développement. Postulant le rôle déterminant de la qualité des lois et règlements régissant la vie des affaires sur la croissance économique, ces études, à partir de l'observation de nombreux systèmes de droit, proposent de démontrer que les réglementations les plus lourdes produisent les plus mauvais résultats parce qu'elles sont généralement associées à une inefficacité des institutions publiques, à de longs retards de décisions, à des coûts élevés des formalités administratives, à l'inefficacité des procédures judiciaires, à plus de chômage et de corruption, à une moindre productivité et à l'assèchement des investissements. À partir des critères qui en sont déduits, sont défavorablement cotés et classés les systèmes inspirés du modèle français. (...) Or, aujourd'hui, les mérites d'un système de droit s'apprécient à ses aptitudes à permettre la production et la circulation de la richesse, à favoriser le développement économique et l'intégration sociale et à assurer la sécurité juridique. L'esprit de réforme doit donc mobiliser toutes les ressources de l'économie, de la sociologie, de la philosophie, des sciences du langage et de la communication. La nouvelle pensée juridique doit être inter-disciplinaire." (G. Canivet, Audience solennelle de rentrée, 7 janv. 2005).

<sup>680</sup> J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc., n° 47. Alain Supiot est, dans son assidu plaidoyer pour la reconnaissance de "la fonction instituante du Droit", l'un des critiques les plus résolus de l'AED (v. notamment *Homo juridicus...*, préc., p. 115 et suiv., 292 et suiv.).

<sup>681</sup> Allocution préc.

<sup>682</sup> F. Eymard-Duvernay, Le droit du travail est-il soluble dans les incitations? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement, *Dr. soc.* 2004. 812.

<sup>683</sup> Les premiers écrits américains datent d'une vingtaine d'années, les études britanniques sont plus récentes. On trouve une substantielle bibliographie en note d'un article publié en français par Pietro Ichino, professeur de droit du travail à l'Université de Milan et avocat: Négociation collective et loi antitrust, *Bull. dr. comparé du trav. et de la séc. soc.* (COMPTRASEC, Univ. Montesquieu de Bordeaux) 2002, p. 3, note 16. Dans cet article l'auteur écrit: "Les juristes italiens (et, plus généralement, d'Europe continentale, avec pour chefs de file les Français) ont pu se permettre jusqu'à maintenant de snober le débat des économistes sur la justification rationnelle du droit du travail et du droit syndical: de faire abstraction des théories économiques qui distinguent et expliquent les nobles (ou les moins nobles) raisons d'être d'une réglementation d'ordre public du contrat de travail, de la liberté d'association et de l'autonomie collective" (p. 14). V. du même auteur: Marché du travail: regard d'un juriste sur les arguments des économistes, *Rev. intern. trav.* (BIT), 1998, p. 312; *Lezioni di diritto del lavoro. Un approcio di labour law and economics*, Milan, Giuffrè, 2004. Dans son

sitaires ou les recherches impliquant des juristes. Car, sans parler des "études d'impact" qui devaient accompagner tous les projets de loi ou de décret (circulaire de janvier 1998), mais dont on sait fort peu de choses, *l'évaluation des effets extra-juridiques de la mise en œuvre de nombreux dispositifs juridiques* adoptés au titre des politiques sociales (en particulier de la politique publique de l'emploi) est pratique courante. Elle incombe à des organismes tels que la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (Dares) du ministère chargé du travail et de l'emploi, le Centre d'études de l'emploi, l'Insee, etc. Cette pratique illustre une opportune prise en considération de cadres juridiques de l'action dans la production de savoirs sur l'économie, et confirme la montée en puissance de la valeur d'efficacité comme source de légitimité de l'action publique. Toutefois, ils mobilisent peu les juristes et leurs enseignements nourrissent bien modestement la connaissance du droit social et son enseignement.

D'ailleurs, outre que les données produites ne sont pas seulement d'ordre quantitatif<sup>684</sup>, on évitera de voir dans ces opérations d'évaluation autant d'applications d'un programme d'analyse économique du droit, car elles s'attachent principalement aux effets du point de vue de l'objectif "social" fixé aux dispositifs en cause. Les récentes études d'économistes qui ont proposé une évaluation de la "protection de l'emploi" selon le droit français<sup>685</sup> suscitent, indépendamment de leur capacité de convaincre, une hésitation analogue. Certes, ils raisonnent en termes d'efficacité des dispositifs, leurs analyses reposent sur une conception utilitariste de l'action en société et sur l'individualisme méthodologique. Ils s'apparentent à ce titre à l'AED. Mais ils s'attachent à une efficacité du point de vue de la protection de l'emploi, en tant qu'objectif non contesté d'une intervention de l'État dans le champ économique et la vie des entreprises. S'ils proposent d'abandonner l'essentiel de l'encadrement juridique du licenciement, ce serait en contrepartie d'une disparition des principales espèces de contrats de travail précaires et de l'instauration d'un système de taxation visant à faire supporter aux employeurs qui licencient le coût du l'indemnisation du chômage et du retour à l'emploi des salariés licenciés ("internalisation" des externalités négatives" de la décision de licencier). On est donc loin de l'économie du droit posnérienne, indifférente sinon hostile à toute idée de justice distributive<sup>686</sup>. On ne peut non plus parler de projets

---

intervention au colloque "Quelles perspectives pour la recherche juridique?" de la Mission de recherche Droit et Justice (21 mars 2005), Bruno Deffains a suggéré que l'analyse économique investisse le droit social.

<sup>684</sup> Elles sont aussi sociologiques, comme dans le cas des études publiées par l'Insee sur les effets des deux lois "35 heures" de 1998 et de 2000 (*Économie et Statistique*, n° 376-377, 2004), qui constituent, sauf erreur, le "premier bilan scientifique des lois Aubry" (*Sem. soc. Lamy*, 11 juil. 2005, n° 1223).

<sup>685</sup> O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE (avec un commentaire de J. Freyssinet, La Doc. française, 2003; P. Cahuc, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Publication du Centre d'observation économique de la CCI de Paris, Juin 2003; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale (décembre 2004), La Doc. française, 2005. Le texte donné par P. Cahuc et F. Kramarz au présent ouvrage (*infra*, p.) reprend les éléments essentiels de ce rapport. V. sur les deux premiers rapports les commentaires critiques d'autres économistes: F. Eymard-Duvernay, *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations?*, préc.; J. Gautié, *Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexisécurité*, *Dr. soc.* 2005. 3. Et sur l'ensemble de ces rapports les contributions ci-dessous de F. Eymard-Duvernay (p. ...) et de F. Gaudu (p. ...).

<sup>686</sup> Caractérisée par "son anti-étatisme et son hostilité à la manipulation par le droit de la répartition des revenus" plus que par son conception du libre marché qui ne saurait échapper à un certain contrôle a posteriori du juge (Th. Kirat, *L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique...*, préc., p. 342). "L'orientation du rapport (Blanchard-Tirole) est plutôt "de gauche", puisque les auteurs préconisent de taxer les licenciements", observe F. Eymard-Duvernay (*Le droit du travail est-il soluble dans les incitations?*, préc.). Le récent rapport de l'OCDE sur l'économie française (*supra*, note 51) semble reprendre les préconisations de ce rapport et du rapport



de pure "flexibilisation" des conditions juridiques d'emploi de la main d'œuvre afin d'améliorer la "compétitivité du site France" et des entreprises qui y sont établies. Ces rapports proposent plutôt une meilleure conciliation des exigences de flexibilité pour les entreprises et de sécurité ("sociale") pour les personnes vivant de leur travail.

Mais peut-être l'économie du droit n'est-elle pas, essentiellement, le fruit du néo-libéralisme appliqué au droit. Ses meilleurs connaisseurs indiquent qu'il s'agit d'une orientation de théorie et de recherches fort diversifiée. Elle constituerait un courant en raison du lien que toutes ses tendances entretiennent avec le réalisme américain en théorie du droit et par leur focalisation sur les conséquences économiques des règles juridiques. Mais on apprend que l'école de Chicago avait été précédée, dans les premières décennies du XXe siècle, par une "*Law and Economics* institutionnaliste" et "progressiste" animée par une préférence pour l'intervention étatique et des critères de justice sociale, et que cette orientation connaît un certain renouveau aux Etats-Unis même<sup>687</sup>. Il apparaît aussi que tous les tenants de l'AED "nouvelle" n'adhèrent pas également aux différentes "thèses" réunies sous cette bannière, en particulier à la "thèse normative" érigeant l'efficacité d'un point de vue économique en critère de choix des règles de droit<sup>688</sup>. Bref, *s'engager dans l'exploration des effets économiques du droit du travail ne vaut pas nécessairement adhésion à quelque conception posnérienne ou hayékienne de l'évaluation de ses dispositions ou des préconisations de politique du droit.*

"Dé-diabolisé" autant que de besoin, un tel programme ne saurait être qu'interdisciplinaire, mobilisant les compétences de juristes, d'économistes et de sociologues. Il supposerait toutefois quelques clarifications.

D'abord une clarification sur le plan des concepts théoriques maniés dans les disciplines appelées à coopérer. Elle paraît la plus simple, puisqu'il s'agirait seulement de convenir, contre la manière de présenter les actuels débats sur les mérites du régime de protection de l'emploi, que *droit et incitations ne s'opposent pas*. En effet, les règles du droit étatique, si elles se veulent obligatoires quant à leur usage, n'ont pas toutes pour sens d'imposer des obligations de se conduire d'une manière déterminée ou d'accomplir un acte ou une action déterminé; elles n'ont même pas

---

Cahuc-Kramarz, mais avec une troublante réserve en ce qui concerne le coût des licenciements imposé aux employeurs (v. la recommandation n° 14, p. 13, et les développements p. 115-116).

<sup>687</sup> Th. Kirat, *Économie du droit*, préc., p. 14 et suiv., 36 et suiv.; L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique..., préc.; L. Bazzoli et Th. Kirat, Deux regards non hayékiens sur l'efficacité et la sélection des règles juridiques: l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit, *Arch. phil. dr.*, t. 42, Sirey, 1997, p. 201 (notamment à propos de John R. Commons). Sur le courant institutionnaliste actuel et ses divergences avec la tradition de Chicago, v. le texte d'un de ses représentants: N. Mercuro, La *common law*, l'efficacité et la *Law and Economics* institutionnaliste aux Etats-Unis, in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 59.

<sup>688</sup> Lewis A. Kornhauser (L'analyse économique du droit, préc., p. 318 et suiv.) distingue : une *thèse behavioriste* (le droit influence effectivement le comportement des individus, traités comme des agents économiques rationnels animés par la recherche de maximisation de leurs intérêts, et les juges choisissent ou devraient toujours choisir les règles aptes à procurer des objectifs déterminés), une *thèse normative* prescrivant d'adopter les règles propres à minimiser les coûts donc à majorer l'efficacité économique du droit, une *thèse descriptive* soutenant que la *common law* (en tant que droit d'origine judiciaire) induit des comportements efficaces (pour peu que les pouvoirs publics n'en altèrent pas le fonctionnement par la loi ou la réglementation), une *thèse évolutionniste* (ou *génétique*) soutenant que l'évolution du droit est déterminée par le choix que les "forces sociales" effectuent en faveur des règles les plus efficaces. Mais il dit n'adhérer ni à la thèse normative, ni à la thèse descriptive. D'autres auteurs rejettent la troisième thèse, celle de la surdétermination de l'évolution du droit américain par une logique d'efficacité (Th. Kirat, *Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit*, in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 43, pséc. P; 47 et suiv., et *Économie du droit*, préc., p. 13, p. 72 et suiv.).



toutes pour objet une conduite. D'ailleurs, d'innombrables actes législatifs ou réglementaires qui agencent des dispositifs (en matière fiscale ou d'emploi notamment) prétendant inciter à accomplir certains actes, certains choix ou à se conduire d'une certaine manière par l'instauration d'un avantage ou d'un désavantage, le font à travers des énoncés dont nous n'apercevons pas comment ils pourraient ne pas signifier des règles ou décisions (juridiques)<sup>689</sup>.

Les clarifications majeures et délicates se situeraient au cœur même de la recherche parce qu'elles conditionnent toute évaluation. En premier lieu, *que faut-il entendre par "efficacité" ou "efficience"?* On précisera certes, ne serait-ce que pour distinguer ce concept de celui d'effectivité, que l'efficacité d'une règle ou d'un corps de règles de droit ou d'un dispositif juridique (constitué par combinaison d'énoncés signifiant autant de règles ou décisions) s'entend de son aptitude à procurer la résultat extranormatif (autre chose que la simple conformation des choses, situations, comportements, actes, etc. à une règle) et métajuridique (social, économique, politique, moral) qu'elle ou il est censé viser<sup>690</sup>. Ou plus précisément, car hors le cas des énoncés performatifs les règles de droit ne "font" rien par elles-mêmes, de son effective contribution à l'obtention de ce résultat. Mais, cela dit, de quel(s) résultat(s) s'agit-il, même si l'on parle de résultat "économique"<sup>691</sup>? Ne doit-on raisonner qu'en termes d'allocation optimale des ressources ou de compétitivité des entreprises? N'importe-t-il pas de s'attacher, pour parler trivialement, à la répartition des revenus et des pouvoirs, à l'état de l'emploi, à la santé et la sécurité des travailleurs ? *La question de l'évaluation "économique" du droit fait inévitablement surgir celle des valeurs que le droit devrait servir et des conceptions de la justice.*

En second lieu, à supposer que l'on s'accorde sur les résultats au regard desquelles l'efficacité doit être appréciée, il faut disposer, pour entreprendre l'évaluation à travers l'interprétation de données empiriques, d'une perception suffisamment nette du *cadre d'action que constituent les règles ou dispositifs considérés*. Or, on peut d'abord mettre en question la thèse behavioriste de l'AED postulant que les individus sont parfaitement rationnels dans leurs choix d'action et parfaitement informés de l'état du droit (dont les dispositions, de surcroît, seraient toutes ou presque toutes dotées d'"un sens clair", ce qu'excluent les théories contemporaines de l'interprétation autant qu'un minimum d'expérience juridique). Cette hypothèse de rationalité est fort contestée et celle d'une "rationalité limitée", mais aussi d'une information inégalement et nécessairement limitée de l'acteur, paraît plus réaliste. Au surplus, et quelles que soient les conditions empiriques dans lesquelles se trouvent les acteurs, un effort de recherche spécifique s'impose (aux juristes en particulier) afin de déterminer *quelle contrainte les règles en question font peser sur ces acteurs*. Il ne s'agit pas de psychologie ("juridique"), mais d'un travail sur l'outillage du droit: considérer ces dispositions, non pas isolément, mais dans leur combinaison avec d'autres, dans leur inscription dans le "système" de droit positif observé, et décrire quelles possibilités elles

<sup>689</sup> Cette observation découle d'une perception réaliste de la normativité juridique dans notre société, qui s'oppose à la vision "déontique et impérativiste" dominante. V. notre étude: *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chron. 199

<sup>690</sup> A. Jeammaud et É. Serverin, *Évaluer le droit*, D. 1992, chron. 263.

<sup>691</sup> Il est significatif que la conception de "l'efficience" constitue l'un des points de désaccord, de division, au sein de la mouvance de l'économie du droit.

offrent, quelles incitations elles recèlent ou émettent, à quels risques elles exposent, quels obstacles elles dressent<sup>692</sup>.

D'autres questions se dessinent, moins familières encore aux juristes<sup>693</sup>. Mais, pas plus que celles à l'instant relevées, les difficultés qu'elles signalent ne devraient dissuader de soumettre le droit du travail à une analyse visant à en savoir un peu plus sur ses rapports avec le fonctionnement quotidien d'une économie capitaliste<sup>694</sup>. Ne doutons pas que concepts et hypothèses de l'économie du droit seraient, par là-même, mis à l'épreuve.

---

<sup>692</sup> Sur ces thèmes du droit comme cadre d'action et de la contrainte engendrée par ses règles, sur leur importance pour la théorie du droit comme pour le travail interdisciplinaire avec des économistes ou des sociologues, v. nos articles: Les règles juridiques et l'action, *D.* 1993, chron. 20; L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques, préc.; Théorie de la régulation sociale et intelligence du droit, in *La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud. Débats et prolongements*, dir. G. de Terssac, La Découverte, 2003, p. 219.

<sup>693</sup> Par exemple, celle que Jérôme Gautié soulève à propos de l'indicateur de "protection de l'emploi" utilisé par l'OCDE: peut-on s'en tenir aux règles en vigueur, à l'état du droit, sans prendre en compte leur effectivité (Les économistes contre la protection de l'emploi..., préc., p. 4)? La réponse négative est plus rationnelle mais plus exigeante, car elle appelle de délicates investigations empiriques. D'ailleurs toutes les questions de mesure de l'efficacité ("en fait") de dispositifs juridiques paraissent redoutables.

<sup>694</sup> Un projet interdisciplinaire coordonné par l'Institut international de Paris-La Défense (Université Paris X-Nanterre) a été soumis à la Dares en réponse à un appel à recherche sur l'analyse économique du droit lancé en mai 2005.

## Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia\*

Mariagrazia Militello

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La Corte di Giustizia e le nuove forme di subordinazione                                                 | 225 |
| 1.1 I due casi                                                                                              | 225 |
| 2. La sentenza <i>Wippel</i> : il lavoratore “secondo il fabbisogno” e la nozione di lavoratore subordinato | 227 |
| 3. La sentenza <i>Steinicke</i> : occupazione, part-time e discriminazione, sempre al femminile             | 230 |
| 4. Il lavoratore comparabile: il grande assente                                                             | 233 |
| 4.1. Conclusioni. Verso il superamento del binomio fattispecie/effetti nei contratti di lavoro subordinato? | 238 |
| 5. Riferimenti bibliografici                                                                                | 240 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 42/2005

## 1. La Corte di Giustizia e le nuove forme di subordinazione

Non capita spesso che decisioni dettate dalla Corte di Giustizia nell'ambito di procedure di rinvio sollevate da giurisdizioni non italiane suscitino un immediato e corposo interesse da parte della dottrina nazionale. Eppure, questo è quanto di recente avvenuto con riguardo alla sentenza, *Wippel*<sup>695</sup>, avente ad oggetto un contratto di lavoro atipico – il contratto “secondo il fabbisogno” – per molti versi assimilabile all'assai discusso contratto di lavoro intermittente introdotto in Italia dal decreto 276/03<sup>696</sup>.

Sarebbe fuor di dubbio interessante seguire le suggestioni della sentenza *Wippel* destinate a condurre direttamente nel cuore delle polemiche che ruotano intorno alle nuove tipologie di lavoro subordinato introdotte nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 276/2003<sup>697</sup>. Tuttavia, una seconda pronuncia della Corte in materia di lavoro part-time – la sentenza *Steinicke*<sup>698</sup>, di poco precedente a *Wippel* – offre l'occasione per costruire sull'analisi incrociata di due sentenze in qualche modo complementari, alcuni spunti di riflessione rivolti a valutare, più in generale, l'atteggiamento della Corte comunitaria nei confronti di fattispecie di lavoro subordinato vieppiù caratterizzate da gestioni flessibili del tempo di lavoro. Talmente flessibili, si può subito aggiungere, da rendere a volte problematica la stessa applicazione a quelle fattispecie delle tutele dettate con riferimento ai rapporti di lavoro “standard” (considerando “standard”, in questo senso, anche il contratto di lavoro part-time).

### 1.1 I due casi

Con sfumature e differenze che si avrà modo di analizzare, in entrambe le sentenze le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici austriaci (*Wippel*) e tedeschi (*Steinicke*) vertevano sull'interpretazione di due normative comunitarie; la direttiva 76/207/Cee sulla parità di trattamento uomo-donna e la direttiva 97/81/Ce sul lavoro a tempo parziale.

Nella sentenza *Wippel*, la controversia riguardava un rapporto fondato su un contratto per la prestazione di lavoro intermittente stipulato ai sensi della normativa austriaca sull'orario di lavoro (*Arbeitszeitgesetz*), e impostato sul principio del “lavoro secondo il fabbisogno”. In particolare, il suddetto contratto si caratterizzava per la mancata previsione di orari fissi; durata e organizzazione dell'orario di lavoro dovevano, invece, essere determinate di volta in volta di comune accordo dalle parti. Più specificamente, era previsto che l'azienda avrebbe richiesto le prestazioni della signora Wippel a seconda delle esigenze produttive, ferma restando la possibilità per la lavoratrice di accettare o di rifiutare la richiesta senza bisogno di giustificarsi. Il contratto non attri-

<sup>695</sup> Corte Giust. 12 ottobre 2004, Causa C-313/02, *Nicole Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 2004, p. I-09483 e in *Guida lav.*, 2004: 10.

<sup>696</sup> Il lavoro “secondo il fabbisogno” (“work on demand”, nella versione inglese), di matrice austriaca, ricorda molto da vicino, invero, il nostro lavoro intermittente e ne condivide anche la natura “incerta” sul piano della qualificazione della fattispecie; tuttavia, per l'economia di questo commento, ai dubbi interpretativi che ruotano intorno alla questione interna non si potrà che dedicare qualche accenno, limitatamente ai termini evocati dalla sentenza comunitaria.

<sup>697</sup> Per alcuni commenti alla sentenza *Wippel* che dedicano un maggiore spazio ai riflessi interni della pronuncia, si rinvia a V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie a effetti discriminatori*, di prossima pubblicazione in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*; P. Pizzuti, *Contratto di lavoro intermittente e disciplina del part-time*, in *Giuda al lavoro*, 2004, pag. 10; L. Corazza, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta e principi comunitari in tema di discriminazioni indirette*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, fasc. 3, pag. 176.

<sup>698</sup> Corte Giust., 11 settembre 2003, causa C-77/02, *Erika Steinicke / Bundesanstalt für Arbeit*, in *Racc.*, 2003, 9027.

buiva altresì alla signora Wippel alcuna garanzia di un minimo retributivo, nella misura in cui entrambe le parti rinunciavano espressamente a fissare una quantità minima di prestazioni. L'azienda, peraltro – come risulta dal fascicolo processuale – aveva fatto intravedere alla lavoratrice la possibilità di lavorare circa tre giorni alla settimana e due sabati al mese.

Di fatto, però, nei mesi in cui era stata impegnata, la ricorrente aveva lavorato in maniera saltuaria ricevendo di conseguenza una retribuzione variabile.

La signora Wippel aveva dunque agito in giudizio per ottenere dal datore di lavoro la differenza retributiva tra la somma dovuta per la durata massima di lavoro che avrebbe potuto esserle richiesta e l'importo dovuto per le ore di lavoro da essa effettivamente prestate, sostenendo che la durata massima del lavoro mensile avrebbe dovuto costituire la base della sua retribuzione, e che la mancanza nel suo contratto di lavoro di un accordo in merito alla durata del lavoro e all'organizzazione dell'orario di lavoro costituiva una discriminazione fondata sul sesso.

Di conseguenza, il giudice austriaco chiedeva alla Corte comunitaria se l'art. 141 CE, nonché l'art. 1 della dir. 75/117/Cee, l'art. 5 della direttiva 76/207/Cee e il § 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale siano da interpretare nel senso che sussiste una disparità di trattamento obiettivamente non giustificata qualora per i lavoratori part-time (fattispecie cui, evidentemente, il contratto "secondo il fabbisogno" viene ricondotto<sup>699</sup>) manchino norme legislative o contrattuali relative alla durata dell'orario di lavoro e alla sua organizzazione che invece esistono per i lavoratori a tempo pieno; oppure ancora quando l'accordo sull'organizzazione e sulla durata dell'orario di lavoro con riguardo ai lavoratori part-time sia espressamente escluso dal datore di lavoro, laddove invece con riguardo ai lavoratori a tempo pieno, sia la durata che in parte la ripartizione dell'orario di lavoro siano fissati già dalla legge o dal contratto collettivo.

La sentenza *Steinicke* (§ 3), riguardava invece una lavoratrice part-time tedesca che lamentava una discriminazione nell'accesso ad un particolare regime di lavoro concesso in vista del pensionamento nella forma di attività a tempo parziale continua in cui l'orario di lavoro effettivo rappresentava la metà del normale orario di lavoro (formula a tempo parziale "*Teilzeitmodell*"), oppure come formula a due fasi ("*Blockmodell*") in cui una "fase di lavoro" a tempo pieno (o comunque superiore al metà tempo) veniva seguita da una fase di "dispensa dal lavoro" ("*Freistellungsphase*"). In altri termini, una sorta di "scivolamento" verso la pensione realizzato nelle forme di un part-time orizzontale o verticale.

Tale possibilità, in base a quanto previsto dall'art. 72 ter del *Bundesbeamtenengesetz* (legge tedesca sugli impiegati federali), era riconosciuta solo a favore dei pubblici dipendenti che avessero compiuto il cinquantacinquesimo anno di età e che nei cinque anni antecedenti l'inizio dell'attività a tempo parziale avessero complessivamente lavorato a tempo pieno per almeno tre anni.

Nella fattispecie, la signora Steinicke aveva richiesto il modello "a blocco" (o verticale), che le avrebbe consentito di arrivare alla pensione attraversando due diverse fasi di lavoro: una prima, di lavoro a tempo pieno ed una seconda di "dispensa dal lavoro". Invece di continuare a lavorare a tempo parziale fino al pensionamento, avrebbe potuto godere, nell'ultima fase della vita lavo-

---

<sup>699</sup> Sulla questione, in realtà, non si registrano pareri uniformi e, secondo alcuni, l'acquisizione della Corte è meno scontata di quanto non risulti dalla descrizione del testo; v. nota 27.

rativa, di un intero periodo di “non lavoro”, nell’ambito di un regime di verticalizzazione inesistente nella forma di part-time ordinario. Ma la sua domanda era stata respinta perché priva dei requisiti prescritti, in particolare quello che richiedeva un periodo minimo di tre anni di lavoro prestato a tempo pieno; impugnata la decisione la ricorrente sosteneva, pertanto, che l’esclusione dei lavoratori part-time dal regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età contrastava con il diritto comunitario, rappresentando una disparità di trattamento non giustificata, dal momento che i lavoratori a tempo parziale sono, in misura nettamente prevalente, donne.

In sede di presentazione della domanda pregiudiziale, il tribunale amministrativo tedesco chiedeva dunque alla Corte comunitaria se un regime di lavoro a tempo parziale in vista del pensionamento come quello descritto comportasse una discriminazione a sfavore dei lavoratori a tempo parziale e, allo stesso tempo, una discriminazione indiretta fondata sul sesso in considerazione della preminente percentuale di donne presente tra i lavoratori a tempo parziale.

In tutte e due le sentenze, come risulta dall’esposizione e come, peraltro, già anticipato, la questione principale sottoposta al vaglio della Corte riguarda dunque l’applicabilità delle normative antidiscriminatorie contenute nella direttiva 76/207/Cee relativa alla parità uomo-donna e nella direttiva 97/81/Ce sul lavoro a tempo parziale. In entrambi i casi, infatti, le ricorrenti avevano richiesto al giudice interno l’accertamento della discriminazione subita e l’applicazione dei relativi rimedi approntati dalle due normative in questione. Tutele che – come più avanti si dirà – la Corte comunitaria riconosce in un caso e denega nell’altro, giungendo ad una apparente contraddizione che nel seguito si cercherà di spiegare.

## 2. La sentenza *Wippel*: il lavoratore “secondo il fabbisogno” e la nozione di lavoratore subordinato

Nonostante la comunanza del riferimento al principio di non discriminazione, i due quesiti sottoposti all’attenzione della Corte<sup>700</sup> vanno tenuti ben distinti in quanto attengono a due ordini di problemi differenti. Essi riguardano infatti due soggetti diversi: in un caso (*Wippel*), il lavoratore part-time (quale che sia il suo sesso); nell’altro (*Steinicke*), la donna lavoratrice (quale che sia il suo contratto). Chiarire in cosa consista la differenza è un’operazione tutt’altro che nominalistica, nella misura in cui la distinzione serve a definire la fisionomia di un altro soggetto, co-protagonista essenziale di ogni vicenda discriminatoria, che a seconda dei casi, si presenta con caratteristiche differenti: il lavoratore comparabile. Ed è proprio al momento dell’individuazione di questo soggetto che i giudici comunitari, in una delle due pronunce, sembrano “inciampare”, fornendo così lo spunto per alcune riflessioni di più ampio respiro rispetto alla soluzione fornita dalla Corte nei due casi.

A questo punto conviene sospendere la trattazione congiunta delle sentenze per passare in rassegna i problemi particolari posti da ciascuna, iniziando dalla sentenza *Wippel* che sarà oggetto esclusivo del presente paragrafo.

Prima di entrare nel vivo delle questioni relative al profilo antidiscriminatorio che si intendono affrontare, occorre però soffermarsi preliminarmente su un passaggio fondamentale dell’iter ar-

<sup>700</sup> In entrambe le domande di pronuncia pregiudiziale, viene richiesto alla Corte di Giustizia di interpretare norme che impongono divieti di discriminazione, contenute in due direttive diverse, l’una che impone la parità di trattamento tra il lavoratore uomo e la lavoratrice donna (dir. 76/207/Cee) e l’altra che disciplina il lavoro a tempo parziale (dir. 97/81/Ce).

gomentativo seguito dalla Corte, che presenta tratti di estremo interesse e rilievo anche nell'ottica dei dibattiti interni in tema di lavoro intermittente: ovvero la qualificazione del lavoratore "secondo il fabbisogno" come lavoratore subordinato. La specificazione si rivela necessaria per due ragioni: la prima, quella formale, è che la *questio* relativa alla riconducibilità di tale figura di lavoratore nell'alveo della subordinazione costituisce presupposto comune ed imprescindibile condizione per la risoluzione delle altre questioni pregiudiziali sollevate dal giudice rimettente austriaco nel caso *Wipfel*; l'altra, sostanziale, è che quanto la Corte arriva ad affermare riguardo alla nozione di lavoratore subordinato è tutt'altro che pacifico in relazione ad una figura come quella del lavoratore intermittente austriaco, oltretutto in certo modo "affascinante" per quello che riguarda la corrispondente fattispecie interna.

La Corte di Giustizia era chiamata a decidere in merito alla riconducibilità all'interno della nozione di lavoratore subordinato rilevante ai fini delle normative comunitarie invocate<sup>701</sup>, di soggetti che "in un ampio contratto base di lavoro concludono accordi sul compenso, sulle condizioni di licenziamento ecc., ma tuttavia determinano anche che la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro dipendono dal volume di lavoro e che queste vengono definite per ogni singolo caso solo di comune accordo tra le parti"<sup>702</sup>.

Il tempo di lavoro, e ciò che ne consegue, rappresenta il tratto caratterizzante della figura di lavoratore in esame, come si chiarirà in avanti; tanto è vero che il giudice austriaco prosegue chiedendo alla Corte se la nozione di lavoratore, spendibile ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria antidiscriminatoria, risulti soddisfatta nel caso in cui si preveda in modo non vincolante (o risulti comunque in via di fatto) che l'attività lavorativa venga prestata per circa tre giorni alla settimana e due sabati al mese.

La giurisprudenza pregressa della Corte di Giustizia sulla nozione di lavoratore subordinato<sup>703</sup> è, invero, sufficientemente ampia ma non altrettanto utile a fini definitivi nel caso di specie, in quanto poco specifica e non ancora in grado di chiarire, differenziandole, le caratteristiche di ciascuna figura negoziale emergente. Né, malgrado le apparenze, l'occasione offerta dal caso *Wipfel* è stata pienamente colta dalla Corte per dettare regole o principi sufficientemente risolutivi. Malgrado la sua assoluta ed evidente centralità, la questione della riconducibilità del lavoro intermittente nell'alveo del lavoro subordinato viene infatti affrontata compiutamente soltanto nelle Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Kokott e non nel corpo della sentenza *Wipfel*, laddove non si avverte che una lontana eco delle argomentazioni che hanno condotto alla positiva soluzione del quesito.

<sup>701</sup> Art. 141 Ce, art. 1 dir. 75/117/Cee, § 2 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, attuato dalla dir. 97/81/Ce, e punto 9 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

<sup>702</sup> È così formulato il punto 1 a) della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Oberster Gerichtshof* (Austria), con ordinanza 8 agosto 2002, nella causa *Wipfel*.

<sup>703</sup> cfr. Corte Giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, in *Racc.* 2004, p. I-00873; Corte Giust. 26 febbraio 1992, C-357/89, *Raulin*, in *Racc.*, 1992, 1059 nella quale la Corte, nell'ambito della interpretazione della nozione di lavoratore di cui all'art. 48 Tce, ha statuito che una persona che lavora su chiamata e che è impegnata solo in misura ridotta può essere considerata quale lavoratore. Si trattava di una giovane francese che, in uno Stato diverso da quello di appartenenza, era stata assunta con un contratto, cd. "*oproepcontract*", fondato sul lavoro *on call* rispetto al quale il datore di lavoro non dava nessuna garanzia sulla quantità di ore lavorate. La Corte affermò che la nozione di lavoratore di cui all'art. 48 Tce ha un significato comunitario che non può essere interpretato restrittivamente e l'unica condizione è che il lavoro prestato sia effettivo e non abbia una portata marginale; cfr. il commento alla sentenza di O'Keefe, in *Common Market Law Review*, 1992, pag. 1215.

Partendo dalla considerazione che il diritto comunitario non conosce una nozione unitaria di lavoratore, l'Avvocato Generale distingue tra la direttiva sul lavoro a tempo parziale, da un lato, e l'art. 141 TCE, la direttiva 75/117/Cee, la direttiva 76/207/Cee e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, dall'altro; sostenendo che, per quanto attiene alla prima, la nozione di lavoratore non ha natura comunitaria e si definisce in relazione al diritto nazionale di volta in volta applicabile, il diritto comunitario potendo al più fissare dei limiti esterni (par. 45); ed affermando invece con riferimento alle altre fonti citate che la nozione di lavoratore deve essere considerata quale nozione di diritto comunitario e va interpretata nel senso che vi rientra "ogni persona che esegue a favore di un'altra e sotto la direzione di questa prestazioni in contropartita delle quali percepisce una remunerazione, ad esclusione del caso in cui tali prestazioni non costituiscano un'attività reale ed effettiva ovvero siano talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie. In quest'ambito *non assume alcun rilievo l'esistenza di un orario di lavoro fisso, previamente stabilito*" (par. 55 Conclusioni).

Il lavoratore "secondo il fabbisogno" dell'ordinamento austriaco è, dunque, un lavoratore subordinato. Indicazione preziosa anche a fini interni, come già anticipato, se è vero che la vicenda negoziale presa in considerazione dalla Corte comunitaria, ricorda molto da vicino la fattispecie italiana del lavoro intermittente senza obbligo di risposta. Anche se, in realtà, non può dirsi in che termini e con quale consapevolezza la Corte abbia fatto propria la ricostruzione dell'Avvocato Generale, mai esplicitamente evocata nel corpo della sentenza.

Risolta la questione relativa alla qualificazione del lavoratore intermittente come lavoratore subordinato, la Corte analizza, di seguito, quella della sua riconducibilità all'interno dell'ambito di applicazione delle direttive invocate.

Rispetto all'applicabilità della dir. 76/207/Cee sulla parità uomo-donna, la Corte afferma che un simile contratto di lavoro rientra nel suo ambito di applicazione, e che pertanto, anche un lavoratore che sia parte di un contratto di lavoro secondo il fabbisogno ricade sotto tale direttiva (punto 36), rientrando altresì nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro part-time allegato alla dir. 97/81/Ce<sup>704</sup>.

Le due questioni, d'altra parte, sono sempre state intrinsecamente connesse. Come noto, infatti, la Corte di Giustizia ha sviluppato la propria giurisprudenza sulla discriminazione, nel particolare indiretta, intorno al rapporto tra il principio di parità di trattamento uomo-donna e la sua applicazione nell'ambito del lavoro a tempo parziale<sup>705</sup>.

<sup>704</sup> In presenza, però, di precise condizioni. Qualora, cioè, "egli abbia un contratto o un rapporto di lavoro definiti dalla legge, dagli accordi collettivi o dalle prassi in vigore nello Stato membro; qualora egli sia un dipendente il cui orario di lavoro normale, calcolato su base settimanale o in media su un periodo di d'impiego che può andare fino ad un anno, è inferiore a quello di un lavoratore a tempo pieno comparabile, ai sensi della clausola 3.2 del detto accordo quadro, nonché trattandosi di lavoratori a tempo parziale impiegati su base occasionale, lo Stato membro non abbia totalmente o parzialmente escluso tali lavoratori, ai sensi della clausola 2.2 del medesimo accordo quadro, dal beneficio delle disposizioni di quest'ultimo" (punto 40).

<sup>705</sup> La prima pronuncia in materia di part-time risale al 1981: Corte Giust., 31 marzo 1981, causa C-96/80, *Jenkins v. Kingsgate*, in Racc., 1981, 911. Nella specie, la Corte si trovò a giudicare della legittimità di un sistema retributivo aziendale in forza del quale ai part-timers si riconosceva una retribuzione oraria inferiore rispetto a quella propria dei lavoratori a tempo pieno. Ma la giurisprudenza comunitaria relativa ad ipotesi di discriminazioni nei confronti di lavoratrici assunte a tempo parziale copre un periodo di circa venti anni e annovera molte altre sentenze, ritenute peraltro fondamentali per "aprire la strada a un possibile sblocco della normativa comunitaria" in materia di lavoro atipico, cfr. T. Pérez del Río, *La dimensión social del Mercado Unico Europeo*, in REDT, 1991, pag.



È, però, in questa sentenza che, per la prima volta, i giudici comunitari decidono un caso di discriminazione indiretta di una lavoratrice part-time applicando la direttiva sul lavoro a tempo parziale, invece che quella sulla parità di trattamento uomo-donna.

Peraltro, l'affermazione circa la natura subordinata del rapporto di lavoro "secondo il fabbisogno", prima, e la sua riconducibilità nell'ambito di applicazione delle direttive, poi, si conclude stranamente con la negazione degli effetti di tutela che quanto asserito dovrebbe produrre; nel caso della signora Wippel, infatti, nessuna delle due direttive ha trovato applicazione in virtù di un iter argomentativo – definito opera di puro sofismo<sup>706</sup> – che ha sollevato i giudici dall'onere di affrontare, pur potendo, il più complesso discorso su diritti sociali fondamentali e tutele da assicurare anche in un contesto di crescente frammentazione tipologica del contratto di lavoro<sup>707</sup>.

La Corte, infatti, nonostante il riconoscimento dell'applicabilità in linea di principio sia della direttiva sul part-time che di quella sulla parità di trattamento, ne esclude tuttavia l'applicazione in concreto per l'impossibilità di individuare il lavoratore comparabile (v. infra §4) – elemento cardine dell'operatività del divieto di discriminazione, concludendo, in tal modo, per la non discriminatorietà della fattispecie di lavoro sottoposta alla sua attenzione e lasciando di fatto la signora Wippel priva di qualsivoglia tutela.

### 3. La sentenza *Steinicke*: occupazione, part-time e discriminazione, sempre al femminile

A questo punto, la trattazione impone di affrontare apertamente la questione centrale sottoposta all'attenzione dei giudici comunitari: vale a dire se un contratto di lavoro a tempo parziale secondo il fabbisogno porti a trattare un lavoratore come la signora Wippel in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno che si trovino in una situazione comparabile alla sua; o se tale contratto penalizzi una percentuale notevolmente più elevata di donne che di uomini. E qui l'analisi parallela con il caso *Steinicke* può rivelarsi di qualche utilità. Anche la trama della seconda sentenza in esame rivela, infatti, lo stesso incrocio di discipline che significativamente caratterizza la pronuncia di cui si è parlato sopra, dal momento che la domanda rivolta dal giudice tedesco alla Corte di giustizia aveva un oggetto per molti versi simile. Come già anticipato<sup>708</sup>, essa era stata posta nei seguenti termini: "se l'art. 141 CE, le direttive 75/117 CEE, 76/207 CEE e/o la direttiva 97/81 CE ostino alla disposizione della legge tedesca sugli impiegati federali ai sensi della quale il regime di lavoro a tempo parziale per motivi d'età può essere concesso solo al pubblico dipendente che nei cinque anni antecedenti l'inizio dell'attività a tempo parziale in tale ambito abbia complessivamente lavorato a tempo pieno per almeno tre anni, qualora vi siano molte più donne che uomini che lavorino a tempo parziale e siano perciò escluse dal regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età ai sensi di tale disposizione".

422., M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, CEDAM, 2002, pag. 177. Tra le tante, per es., Corte Giust., 13 maggio 1986, causa C- 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Harts*, in Racc., 1986, 1620; Corte Giust., 27 giugno 1990, causa C-33/89, *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, in Racc., 1990, 2612; Corte Giust., 7 febbraio 1991, Causa C-184/89, *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, in Racc., 1991, 297.

<sup>706</sup> Cfr. V. Bavaro, *op. cit.*

<sup>707</sup> La Corte, infatti, espressamente interrogata sulla natura della Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e sulla sua utilizzabilità ai fini dell'interpretazione di altre norme di diritto comunitario, rimane del tutto indifferente, evitando accuratamente di pronunciarsi in merito.

<sup>708</sup> par. 1.1

I giudici comunitari, in questo caso, hanno operato una scelta differente rispetto al caso *Wippel*, decidendo per l'applicazione della tutela antidiscriminatoria fornita dalla sola direttiva sulla parità di trattamento, evitando di evocare in alcun modo la Direttiva sul part-time.

La Corte di Giustizia ha ritenuto, infatti, di dovere interpretare gli artt. 2, n. 1 e 5, n. 1 della dir. 76/207/Cee nel senso che essi ostano ad una disposizione come quella controversa, a meno che quest'ultima non sia giustificata da criteri obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso. Criteri ritenuti insussistenti nel caso di specie. La signora Steinicke, al contrario della signora Wippel, ha dunque ricevuto la tutela richiesta.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se e quanto spazio residui per un'analisi congiunta delle due pronunce in materia di part-time, nel tentativo di fornire una qualche giustificazione alla curiosa situazione che emerge dal loro accostamento: nella prima, la direttiva sul part-time è stata considerata in linea di principio applicabile, ma la signora Wippel è rimasta priva di tutela; nella seconda, la direttiva non è stata neanche presa in considerazione eppure la signora Steinicke è stata tutelata.

La spiegazione dell'apparente contraddizione richiede un'analisi più approfondita che indagli più a fondo gli elementi della domanda di pronuncia pregiudiziale del giudice tedesco e la corrispondente risposta della Corte; in particolare la parte concernente l'interpretazione della direttiva sul part-time. Come già riferito, di quest'ultima non v'è traccia nella pronuncia della Corte sul caso *Steinicke*, se non limitatamente all'affermazione secondo la quale "dato che il regime controverso nella causa principale stabilisce regole relative a condizioni di lavoro, ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207, non occorre verificare se la direttiva 97/81 sia applicabile nella fattispecie oggetto della causa principale" (punto 52).

Quindi, semplicemente, dal momento che è possibile l'applicazione di una delle direttive (quella sulla parità di trattamento), non è necessario valutare l'applicabilità dell'altra (quella sul part-time). Approdo contestabile per due ragioni: innanzitutto perché, in questo modo, la Corte omette di considerare la condizione giuridica del lavoratore part-time visto nel suo complesso; diversamente, avrebbe potuto fornire una soluzione non parziale ma valida per il part-timer in quanto tale, a prescindere dal genere di appartenenza. E, in secondo luogo, perché la premessa di tale conclusione è l'affermazione della presunta esclusività di una delle due direttive, che si fonderebbe implicitamente su un supposto (in realtà, inesistente) criterio di specialità; applicare la direttiva sulla parità di trattamento non preclude di certo l'applicazione della direttiva sul part-time, come invece sembrano sostenere i giudici comunitari.

Questa motivazione ha tutta l'aria di essere un pretesto, peraltro nemmeno tanto convincente; in realtà infatti, la Corte ha preferito attenersi, quasi per inerzia, al suo più che consolidato orientamento su part-time e discriminazione. Tanto vi si è attenuta che ha quasi dimenticato la direttiva sul part-time, preferendo ripetere, pressoché testualmente, le sue massime precedenti, e dedicando alla richiesta del giudice tedesco riguardante la direttiva sul part-time solo poche formali parole.

I giudici della Corte, infatti, non solo non hanno analizzato, ma nemmeno hanno considerato la possibilità che la norma tedesca applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio sia idonea a causare una discriminazione di trattamento tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno, richiedendo, dunque, l'applicazione della direttiva sul contratto a tempo parziale. Hanno preferito, invece, seguire un canovaccio, già ampiamente collaudato, che si fonda sull'intreccio

tra disciplina dei contratti di lavoro ad orario ridotto e tutela antidiscriminatoria, concludendo nel senso della incompatibilità tra la direttiva 76/207/Cee e la disposizione controversa.

Di seguito, in ossequio al medesimo schema, nella sentenza *Steinicke* sono stati presi in considerazione anche gli obiettivi occupazionali collegati alla disposizione legislativa contestata, ma i giudici si sono premurati di sottolineare come la discrezionalità di cui dispongono gli Stati in materia di politica sociale non possa risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto comunitario, quale quello della parità di trattamento tra i lavoratori e le lavoratrici (punto 63), in questo richiamando quanto già sostenuto nella sentenza *Seymour-Smith*<sup>709</sup>.

La relazione con gli obiettivi di politica occupazionale è stata oggetto anche del caso *Wippel*, ma la differenza tra le due sentenze è che essi vengono valutati ed interpretati in relazione a "fenomeni" differenti; la parità di trattamento uomo-donna nella sentenza *Steinicke* e la regolamentazione del part-time nella sentenza *Wippel*. Il che conduce a risultati opposti. Le esigenze di flessibilizzazione dell'uso della forza lavoro, in nome della occupazione, giustificano la *deminutio ad libitum* delle tutele tradizionali; ma il divieto di discriminazione, pare invece continuare a rappresentare il confine ultimo al di là del quale il trattamento differenziato tra lavoratori standard e lavoratori non standard assume i contorni dell'illegittimità, frenando al contempo la fuga verso una liberalizzazione senza limiti.

Le conclusioni cui le due sentenze in esame giungono, apparentemente diverse per via del riconoscimento nel caso *Steinicke* della tutela antidiscriminatoria, paiono dunque in realtà sorrette da una visibile ratio di fondo, quantomeno alla luce degli effetti prodotti. Il lavoratore part-time in quanto tale, infatti, non riceve tutela se non quando le esigenze occupazionali, che possono giungere a giustificare un part-time "selvaggio" (o "secondo il fabbisogno", o "intermittente"), si scontrano con il principio di non discriminazione.

Nel caso *Steinicke*, la Corte ha infatti affermato l'effettività del principio di non discriminazione, come argine<sup>710</sup> rispetto agli obiettivi di politica occupazionale sottesi alla normativa tedesca<sup>711</sup>

<sup>709</sup> Corte Giust. 09 febbraio 1999, *Seymour-Smith e Perez*, causa C-167/97, in Racc., 1999, 623, nella quale è stato affermato che spetta agli Stati membri scegliere i provvedimenti atti a realizzare gli obiettivi da essi perseguiti in materia di occupazione e che gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità nell'esercizio di questa competenza. Ciononostante, semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un dato regime legislativo a promuovere l'avviamento al lavoro, non sono sufficienti a dimostrare che l'obiettivo perseguito è estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che gli strumenti scelti siano o possano essere idonei alla realizzazione di questo obiettivo. Per affermazioni simili, vedi anche Corte Giust. 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, in Racc., 2003, 2741.

<sup>710</sup> In questo caso si è inteso "valorizzare il tempo effettivamente scelto, in una prospettiva di reale conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita", G. Ricci, *Tempo di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005. Condivisibile considerazione che coglie, però, solo una parte del problema. La valorizzazione del tempo effettivamente scelto sarebbe stata onnicomprensiva laddove la Corte avesse ammesso che la disposizione legislativa tedesca discriminava il lavoratore part-time in quanto tale, invece che la donna part-time, di fatto limitando la portata del principio. Il fatto statisticamente vero e provato che la scelta del part-time è normalmente declinata al femminile non toglie nulla a quanto si afferma, anzi, porta un argomento a favore della tesi per cui il tempo *effettivamente scelto* (con i dovuti distinguo rispetto all'avverbio) si limiti ad una percentuale davvero esigua, peraltro costituita quasi esclusivamente da donne.

<sup>711</sup> Nella specie, lo "scivolamento" verso il pensionamento dei lavoratori ultracinquantacinquenni, visto nella duplice prospettiva di misura utile all'incremento dei tassi di attività secondo le indicazioni poste al vertice di Lisbona; e di meccanismo funzionale ad un più agevole accesso all'impiego di forza-lavoro priva di occupazione.

ma, forse, con argomentazioni non del tutto convincenti. Lo dimostra la evidente difficoltà della Corte di raggiungere il medesimo risultato di tutela leggendo in combinato disposto discipline che dovrebbero integrarsi ma che, invece, vengono rappresentate come alternative<sup>712</sup>. Come dire che, secondo la Corte, ad essere discriminata è stata la signora Steinicke in quanto lavoratrice *donna* e non in quanto lavoratrice *“atipica”*. Ma, se è vero come è vero, che una delle funzioni del part-time sul versante dell’offerta di lavoro è quella di flessibilizzare la prestazione in ragione delle esigenze personali del lavoratore, favorendo, tra le altre cose, l’integrazione tra tempi di lavoro e tempi di vita<sup>713</sup>; e se è vero come sembra che questa funzione è o dovrebbe essere di portata neutra rispetto al sesso, perché non tutelare il lavoratore part-time in quanto tale?

Questa mancata consapevolezza della Corte lascia peraltro il dubbio su quale sarebbe stata la decisione dei giudici comunitari se a lamentare la discriminazione fosse stato un lavoratore uomo che, in ipotesi, avesse *scelto* un contratto part-time per godere dei propri tempi di vita. Nonostante non possa affermarsi con certezza, si potrebbe ipotizzare che, in un caso del genere, la Corte non avrebbe ritenuto discriminatoria la previsione legislativa, quantomeno a giudicare dagli elementi che si ricavano dall’analisi comparata condotta sulle sentenze in commento.

In conclusione, il risultato comune delle due sentenze, voluto, non voluto e/o parzialmente consapevole, risulta essere la negazione della specifica tutela antidiscriminatoria in capo al lavoratore *“atipico”*<sup>714</sup> *tout court*. Nel primo caso (*Wippel*), infatti, nonostante venga affermata l’applicabilità della direttiva sul part-time, l’assenza del lavoratore comparabile impedisce il riconoscimento della tutela antidiscriminatoria in essa contenuta, rendendola, di fatto, inapplicabile; e nel secondo (*Steinicke*), invece, nonostante venga riconosciuta la tutela antidiscriminatoria, si nega l’applicazione della direttiva sul part-time.

#### 4. Il lavoratore comparabile: il grande assente

Ciò detto, occorre peraltro biforcare il sentiero su cui si intende procedere, facendo una obbligata distinzione tra le due pronunce, che pure sono state sin qui definite come complementari ed utilizzate l’una per sorreggere ed avvalorare le interpretazioni dell’altra. Si può credere che il *discrimen* sia rappresentato dal grado di consapevolezza e contezza che supporta le affermazioni della Corte ma, per evitare la trappola del processo alle intenzioni dei giudici comunitari, conviene non tralasciare di considerare le infinite variabili che, pur banali, condizionano l’andamento di un giudizio. E dinnanzi ad esse arrestare la *ubris* che, nell’ansia di indovinare l’interpretazione vera, rischia di far dimenticare che si sta procedendo per ipotesi e che peraltro, dal lato della Corte, vige il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Ciò vale per la sentenza *Stein-*

<sup>712</sup> Da qui, tra l’altro, un risultato stridente con gli obiettivi di tutela che appare chiaro allorché soltanto si pensi alla circostanza per cui ad un lavoratore part-time non è stata applicata la direttiva che il part-time disciplina, lasciando così scoperta quella porzione di lavoratori part-time, pur esigua, formata da uomini. Non soltanto: questa soluzione lascia sfornita di tutela l’intera categoria del lavoratore subordinato a tempo parziale.

<sup>713</sup> B. Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in AA.VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, Ed. Scientifiche, 2004.

<sup>714</sup> Termine che viene utilizzato in senso non rigoroso e atecnico, come giustamente fa notare A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 84.

*nicke* che non permette di andare oltre mere supposizioni, peraltro già provocatoriamente avanzate<sup>715</sup>. Ma vale meno per la sentenza *Wipfel* che offre, invece, degli elementi più certi in grado di avvalorare l'ipotesi conclusiva già anticipata<sup>716</sup>.

Al fine di meglio spiegare quanto si sostiene, occorre trattare compiutamente ancora un'importante questione imprescindibilmente connessa al diritto antidiscriminatorio, e che costituisce il vero *punctum dolens* del discorso finora affrontato, destinato peraltro a creare sempre maggiori problemi di inquadramento: il problema rappresentato dalla ricerca del lavoratore comparabile; ricerca rivelatasi, nel caso *Wipfel*, del tutto infruttuosa.

Nonostante parte della dottrina abbia messo in discussione la necessità del *tertium comparationis* ai fini dell'applicazione della tutela antidiscriminatoria<sup>717</sup>, la Corte mostra di procedere in maniera tradizionale<sup>718</sup>, considerando il giudizio di comparazione un indefettibile presupposto dell'illecito discriminatorio<sup>719</sup>, essenziale al fine di rendere applicabile di fatto quella tutela riconosciuta in astratto a chi, come il lavoratore "secondo il fabbisogno", rientra nel suo ambito di applicazione soggettivo. Il principio generale di uguaglianza, afferma la Corte, impone che situazioni comparabili non vengano trattate in modo diverso [...]. Pertanto, tale principio può applicarsi soltanto a persone poste in *situazioni comparabili* (punto 56). Questo, per inciso, è l'unico accenno che viene fatto all'uguaglianza – costituente uno dei principi fondamentali del diritto comunitario – di cui il divieto di discriminazione contenuto nelle due direttive evocate è espressione specifica (punto 56). Affermazione comunque sterile, visto che il suo sviluppo conduce, come si è visto, alla negazione della tutela.

Peraltro anche qualora si scegliesse di non mettere in discussione il postulato della necessità della comparazione ai fini del riconoscimento della tutela antidiscriminatoria, sarebbe la fisionomia del lavoratore comparabile e/o la sua reale identità a dover essere meglio definita in un caso, come questo, che indubbiamente si presenta *sui generis*, ma che, al contempo, è destinato a riproporsi sempre più spesso in conseguenza dell'oramai acquisita destrutturazione del modello tradizionale di lavoro e lavoratore subordinato.

La clausola 3 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 97/81 fornisce dei criteri di definizione della figura del «lavoratore a tempo pieno comparabile», che viene qualificato come «il lavoratore a tempo pieno dello stesso stabilimento, che ha lo stesso tipo di contratto o di rapporto di lavoro

<sup>715</sup> Supposizione giusta la quale la Corte, se a lamentare la discriminazione fosse stato un lavoratore uomo, non potendo applicare la direttiva sulla parità di trattamento come nel caso di specie, avrebbe comunque in qualche modo evitato di riconoscere la tutela antidiscriminatoria contenuta nella direttiva che disciplina il part-time.

<sup>716</sup> Quella, per intenderci, per cui la Corte ha ottenuto di non riconoscere tutela al lavoratore "atipico", servendosi di argomenti poco convincenti.

<sup>717</sup> Si tratta di una teoria, praticabile e praticata rispetto alle molestie sessuali, ma che non trova sostegno per le altre forme di discriminazione, in considerazione della relatività ontologica del concetto. Nel primo senso, vedi M. Barbera, *Not the same? The judicial role in the new anti-discrimination law context*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 1, p. 82; Id. *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazione industriali*, 2003, n. 99-100, pag. 399; contra G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2001; D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie "di seconda generazione"*, in *Il Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n.99-100, pag. 423; Id. *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; M. V. Ballestrero, *Eguaglianze e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4, p. 501; G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lavoro e diritto*, 2004, n. 3-4, p. 527.

<sup>718</sup> L. Corazza, *op. cit.*

<sup>719</sup> G. De Simone, *op. cit.*; D. IZZI, *op. cit.*

e un lavoro/occupazione identico o simile, tenendo conto di altre considerazioni che possono includere l'anzianità e le qualifiche/competenze».

Secondo la Corte, due elementi differenziano radicalmente il lavoratore intermittente (o secondo il fabbisogno) dal lavoratore a tempo "definito" (inteso come il lavoratore che ha orario di lavoro e organizzazione dell'orario di lavoro fissi, regolati dal contratto), pieno o parziale (*id est* il lavoratore comparabile): la volontarietà, per un verso, e l'oggetto e la causa del contratto, per l'altro. Il primo elemento risulta strettamente connesso alla determinazione dei tempi di lavoro, anzi ne rappresenta quasi il precipitato naturale: un contratto come quello in discussione, infatti, non fissa né la durata del lavoro settimanale né l'organizzazione dell'orario di lavoro, lasciando (come positiva conseguenza, pare dire la Corte) al lavoratore la scelta se accettare o rifiutare il lavoro proposto; mentre il contratto del lavoratore a tempo pieno o parziale che fissa la durata del lavoro settimanale, stabilendo l'organizzazione dell'orario di lavoro e la retribuzione, obbliga il prestatore a lavorare per tutto il tempo così determinato senza possibilità di rifiutare la prestazione, anche se egli non possa o non desideri fare ciò (punti 59 e 60).

L'altro elemento di differenziazione si ricava, afferma la Corte, alla luce delle precedenti considerazioni (punto 61) e consiste nella circostanza per cui il rapporto di lavoro a tempo pieno o parziale ha un *oggetto ed una causa diversi* da quelli caratterizzanti il rapporto di lavoro di un lavoratore quale la signora Wippel.

Le difficoltà incontrate dalla Corte per l'individuazione del lavoratore comparabile e la stessa inadeguatezza del concetto di comparazione non rappresentano certo un'assoluta novità, essendo già state in ripetute occasioni denunciate dalla dottrina più attenta<sup>720</sup>.

Questa volta, però, per escludere la comparabilità delle situazioni, i giudici comunitari – piuttosto che usare argomenti di natura sostanziale, come, ad esempio, che le due situazioni non sono paragonabili perché sorrette da interessi di natura diversa<sup>721</sup> - fanno riferimento addirittura ad oggetto e causa dei rispettivi contratti. Per quanto potrebbe trattarsi anche di un equivoco linguistico; ma non è questa la sede per sciogliere il dubbio<sup>722</sup>.

Alla luce di siffatte radicali differenze, la conclusione della Corte è che non esiste alcun lavoratore

<sup>720</sup> Evidenziano le difficoltà del giudizio di comparazione, ex aliis, cfr. M. Barbera, *op. cit.*, M. Bell, *Shifting conceptions of sexual discriminations*, in *European Law Journal*, 1999, n. 5, pag. 63; P. Skidmore, *Sex, gender and comparators in employment discrimination*, in *Industrial Law Journal*, 1997, vol. 26, p. 51. Da ultimo sul tema si è soffermata M.V. Ballestrero, in occasione del convegno di Genova su *Parità di trattamento e giustificazione delle differenze. I lavoratori svantaggiati nelle nuove discipline del mercato del lavoro* (25-26 febbraio 2005), nonostante l'autrice sia ferma nel considerare la comparazione indispensabile perché si possa configurare la discriminazione.

<sup>721</sup> "[...] la sospensione del contratto di lavoro è così motivata da ragioni proprie, più in particolare l'interesse del lavoratore e della sua famiglia in quello del congedo parentale e l'interesse della collettività nazionale in quello del servizio di leva. Poiché tali ragioni sono di natura diversa, i lavoratori che ne beneficiano non si trovano in situazioni paragonabili" (punto 64). La sentenza cui si fa riferimento è Corte Giust. 08 giugno 2004, causa C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten / Wirtschaftskammer Österreich*, in *Racc.*, 2004, p. I-05907, criticata anch'essa per avere escluso che il servizio di leva e il congedo parentale siano comparabili ai fini della computabilità nel calcolo dell'indennità di licenziamento.

<sup>722</sup> Anche qui la comparazione, linguistica questa volta, potrebbe giocare un ruolo fondamentale. Nella versione inglese "oggetto e causa del contratto" diventano "subject-matter and basis"; nella versione francese, "un objet et une cause".

comparabile con il lavoratore intermittente. Di conseguenza, un contratto di lavoro a tempo parziale<sup>723</sup> in base al fabbisogno, il quale non fissi né una durata del lavoro settimanale né un'organizzazione dell'orario di lavoro, non costituisce un trattamento meno favorevole ai sensi della clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 97/81 Ce (punto 62).

L'iter argomentativo della Corte si dipana seguendo un ragionamento semplice e apparentemente ineccepibile<sup>724</sup>, che si fonda su un perfetto sillogismo in base al quale il divieto di discriminazione opera soltanto in presenza di lavoratori comparabili (premessa maggiore); nel caso in questione non esiste un lavoratore comparabile (premessa minore); il divieto di discriminazione non opera nei confronti del lavoratore secondo il fabbisogno (conclusione).

Ma se in tal modo si può sostenere che il divieto di discriminazione non opera nei confronti del lavoratore, quando non esista il lavoratore comparabile, può anche affermarsi che il lavoratore in questione non sia un lavoratore discriminato? *Rebus sic stantibus* pare di no.

Gli argomenti di cui si serve la Corte, nonostante l'apparente limpidezza, hanno infatti un che di realmente peculiare sotto diversi punti di vista. All'uso che i giudici fanno dell'elemento della volontà si farà cenno in conclusione (§ 4), anche se si potrebbe già anticipare e trattare ampiamente l'argomento con riferimento alle teorie del neovolontarismo, ma non è questa la sede per indulgere in simili considerazioni.

L'altra questione, quella sulla quale tutti i commentatori della sentenza si sono soffermati, è rappresentata dal riferimento all'oggetto e alla causa del contratto. Mai in nessun'altra sentenza, i giudici comunitari si erano inoltrati nell'analisi di concetti dogmatici di tale natura<sup>725</sup>. Di tal che, quanto sostenuto suscita delle perplessità soprattutto sulla portata che la Corte ha inteso attribuire a tale affermazione. Non è chiaro, cioè, se si tratti di una "pronuncia-pilota", capofila di un nuovo filone giurisprudenziale "dogmatico" e dunque in grado di incidere profondamente sulla nozione comunitaria di lavoratore subordinato, oppure di un'affermazione isolata meramente strumentale alla esclusione nel caso di specie del lavoratore comparabile.

La seconda possibilità, che è quella che si ritiene maggiormente verosimile, offre il metro per valutare in conclusione l'atteggiamento attuale della Corte rispetto alla regolamentazione della condizione dei lavoratori "non standard" oggetto anche di altre normative di diritto comunitario<sup>726</sup>.

<sup>723</sup> La definizione del contratto di lavoro "secondo il fabbisogno" come contratto part-time è contestata da chi ritiene che si tratti presuntivamente di un'imprecisione redazionale, comunque non rispondente all'interpretazione sostenuta dalla Corte incentrata sulla differenza tra i due tipi di contratto; cfr. V. Bavaro, *op. cit.* In realtà, se da un lato la Corte utilizza varie espressioni, compresa quella di contratto "quadro", dall'altro, il problema della qualificazione giuridica del contratto di lavoro intermittente è questione ampiamente dibattuta e certamente non è questa la sede per occuparsene.

<sup>724</sup> Cfr. V. Bavaro, G. Ricci, *op. cit.*

<sup>725</sup> V. Bavaro, *op. cit.*

<sup>726</sup> Nella medesima linea, si pongono, peraltro, le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano vertenti sull'interpretazione della direttiva 1999/70/Ce e della direttiva 2000/78/Ce (anche in questo caso si tratta della prima volta che una domanda pregiudiziale ha ad oggetto la richiesta di interpretazione delle direttive summenzionate). L'avvocato Generale propone nelle sue conclusioni una soluzione che, se fosse accolta dalla Corte, si iscriverebbe nello stesso sentiero tracciato dalle due sentenze in commento: utilizzare, cioè, il principio di non discriminazione, per età in questo caso, invece che accordare la tutela specifica prevista dalla direttiva che disciplina il contratto a termine. Si tratta delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano presentate il 30 giugno 2005, in



A conclusione delle proprie argomentazioni nel caso Wippel, la Corte afferma – per inciso e senza precisazioni ulteriori – che, oltre a determinare l'inapplicabilità della direttiva sul part-time, la mancanza di comparabilità tra le due categorie di lavoratori conduce anche a sostenere che un contratto di lavoro a tempo parziale in base al fabbisogno non costituisce una misura indirettamente discriminatoria ai sensi degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207/Cee (punto 65). Queste conclusioni dei giudici comunitari sono tutt'altro che convincenti. La Corte sembra infatti fare proprio il ragionamento per cui, appurato che non esiste il lavoratore comparabile ed essendo anche la discriminazione per genere una fattispecie ontologicamente relativa<sup>727</sup>, risulta consequenziale concludere che il contratto di lavoro in discussione non configura nemmeno una discriminazione indiretta per ragioni inerenti al sesso. Giusto, forse, se non fosse che il giudizio di comparazione, come anticipato all'inizio, andrebbe, in questo caso, realizzato utilizzando parametri differenti. Altro è infatti comparare un lavoratore intermittente ed un lavoratore a tempo pieno o a tempo parziale (quindi, due contratti), altro è comparare un uomo e una donna, indipendentemente dal contratto di cui sono parte, essendo il tipo di contratto indifferente, se non in relazione alle rilevazioni statistiche.

In definitiva, nonostante la iniziale qualificazione della fattispecie di lavoro "*on demand*" come lavoro subordinato (v. *supra* § 2), la Corte ha di fatto lasciato il lavoratore intermittente del tutto sfornito delle tutele astrattamente previste – anche dal diritto comunitario – per tali categorie di lavoratori. E ciò a causa di una presunta impossibilità di individuare una situazione comparabile che consenta di valutarne *per relationem* lo statuto giuridico alla stregua del principio comunitario di non discriminazione. Impossibilità, peraltro, più affermata che dimostrata; l'escamotage<sup>728</sup> cui i giudici comunitari hanno fatto ricorso per evitare di affrontare problemi di natura sostanziale rivela l'oramai inequivocabilmente sopraggiunta inadeguatezza del giudizio di comparazione così come fino adesso conosciuto ed impone un ripensamento della nozione e delle modalità di applicazione che sia in grado di soddisfare le richieste di tutela provenienti dai nuovi lavoratori<sup>729</sup>. Ma, forse, denuncia anche qualcosa in più; vale a dire il dubbio che i giudici comunitari abbiano, in un certo modo, utilizzato le difficoltà incontrate sulla strada della comparazione – peraltro già superate, ancorché con qualche forzatura, in altre occasioni<sup>730</sup> – per dare fondamento ad una posizione a priori assunta.

Causa C-144/04, *Mangold contro Rüdiger Helm* [domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dall'Arbeitsgericht München (Germania)], in <http://curia.eu.int/jurisp/>

<sup>727</sup> Cfr. M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979, pag. 250, secondo cui "la discriminazione è un concetto [...] necessariamente di relazione". E recentemente D. Izzì, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, pag. 41.

<sup>728</sup> Sarebbe stato più coerente o, quantomeno, meno "attaccabile" se la Corte, da un lato, avesse riconosciuto la natura discriminatoria della norma austriaca e, dall'altro, avesse ritenuto la discriminazione perpetrata a danno del lavoratore "secondo il fabbisogno" giustificata da ragioni obiettive date dalla specificità delle obbligazioni assunte dalle parti rispetto ad un contratto a tempo "definito" (con durata ed organizzazione dell'orario di lavoro rigidi).

<sup>729</sup> Si tratta di un'urgenza avvertita anche oltre oceano. Si afferma chiaramente, infatti, che "[...] the new workplace practices [...] threaten both to make liability for discrimination more difficult to establish and to render many of the old remedies ineffective". Cfr. K. Stone, *From widgets to digits. Employment regulation for the changing workplace*, Cambridge, 2004, pag. 157.

<sup>730</sup> Cfr. Corte Giust., 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. v. S. e Cornwall County Council*, in Racc., 1996, 2143, in occasione della quale la Corte arrivò a scardinare uno degli elementi della comparazione pur di riconoscere una tutela sostanziale, altrimenti inapplicabile. Cfr. L. Calafà, A. Rivara, *La sentenza P.: una nuova frontiera dell'eguaglianza?*, in *Lavoro e diritto*, 1996, pag. 579, che però criticano la



#### 4.1. Conclusioni. Verso il superamento del binomio fattispecie/effetti nei contratti di lavoro subordinato?

L'esclusione del lavoratore comparabile consente, infatti, alla Corte di sfuggire ad un'altra domanda, altrettanto importante, posta dal giudice austriaco con sufficiente chiarezza, relativa al "costo della flessibilità"<sup>731</sup>, al modo cioè in cui si dovrebbero compensare i maggiori impegni del lavoratore dovuti alla flessibilità e i vantaggi da ciò derivanti al datore di lavoro, qualora si riconoscesse che il contratto di lavoro "secondo il fabbisogno" integra una disparità di trattamento obiettivamente non giustificata.

Ma anche questo interrogativo rimane, purtroppo, inevaso. Sarebbe stata utile un'indicazione destinata a meglio specificare il tanto invocato, a volte in modo inappropriato, rapporto lavori flessibili/occupazione<sup>732</sup>, in maniera da consentirne un uso ponderato<sup>733</sup>. Ma forse sarebbe stato addirittura chiedere troppo, dinnanzi al niente concesso.

Il mancato riconoscimento di tutele in capo al lavoratore non-standard – esito conclusivo di questa "prima apparizione" della direttiva sul part-time sul tavolo dei giudici comunitari – può ritenersi in parte discendente dalla preferenza che, per *facta concludentia*<sup>734</sup>, la Corte ha dimostrato di voler accordare agli obiettivi promozionali di politica occupazionale in quella che si ritiene una concezione distorta del rapporto flessibilità/occupazione.

L'enfasi posta sugli obiettivi di politica occupazionale risalta in tutta evidenza, nel ragionamento dell'Avvocato Generale che si dipana a partire dall'elemento volontaristico, assunto ad elemento caratterizzante ed essenziale del contratto di lavoro "secondo il fabbisogno". Tale impostazione ridonda lungo tutto il ragionamento che sorregge la decisione finale dei giudici comunitari. L'Avvocato Kokott sottolinea come nell'interpretazione ed applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale si debba tenere in particolare considerazione la promozione dell'occupazione e un'organizzazione dell'orario di lavoro più flessibile (par. 78 e ss. delle Conclusioni). Secondo tale ragionamento, "quanto più il legislatore lascia liberi i datori di lavoro e i lavoratori di organizzare in modo flessibile i loro rapporti di lavoro, tanto più si agevola la creazione di nuovi posti di lavoro e tanto più si può tener conto degli specifici bisogni di determinate categorie di

sentenza. Nello stesso senso, M.V. Ballestrero, *Trasparenza. Ovvero transessualismo e discriminazione*, in *Rag. prat.*, 1996, pag. 276. In senso opposto, invece, A. Campbell, H. Lardy, *Discrimination against transsexuals in employment*, in *Eur. Law. Rew.*, 1996, pag. 415.

<sup>731</sup> Inteso come costo che il datore di lavoro è disposto (o dovrebbe essere costretto) a sopportare pur di godere della possibilità di una gestione flessibile della prestazione lavorativa. Ne parla in relazione alla flessibilità in uscita, attraverso il riferimento al *firing cost*, P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

<sup>732</sup> Sull'uso dell'*employment on call* in Germania, cfr. per una valutazione critica M. Schmidt, *Part-time work in Germany*, in B. Caruso – M. Fuchs (a cura di) *Flexibility and Labour Law*, Nomos Giuffrè, 2004, pag. 77.

<sup>733</sup> Al fine di evitare "[...] pericoli di precarizzazione e di allargamento delle disuguaglianze che si accompagnano alla diffusione del lavoro atipico, pericoli che riguardano le donne in misura ancora maggiore degli uomini", come dimostrano chiaramente le sentenze in commento. Cfr. M. Barbera, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione Europea?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2002, fasc. 2, pag.161; J. Goetschy, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, *European Journal of Industrial Relations*, 1999, fasc. 2, pag. 117.

<sup>734</sup> Si è parlato, in proposito, di un "non detto" celato dal formale ragionamento della Corte. In questo senso, le osservazioni di G. Ricci, *op. cit.*

persone" (par. 83)<sup>735</sup>.

La correttezza e veridicità del postulato in base al quale esisterebbe una perfetta concordanza tra l'elemento volontaristico, da una parte, e le istanze di flessibilità datoriale e gli obiettivi generali di politica occupazionale dall'altra è stata condivisibilmente messa in dubbio da altri<sup>736</sup>. Non si dubita, di certo, della rispondenza dello strumento del lavoro "secondo il fabbisogno" alle esigenze di flessibilità del datore di lavoro<sup>737</sup>; a suscitare qualche perplessità è, invece, la capacità di questa forma di lavoro subordinato di incidere positivamente, da un lato, sui tempi di vita del lavoratore e, dall'altro, sulla creazione di una *buona* occupazione<sup>738</sup>. La gestione *volontaria* del part-time intermittente può, infatti, rivelarsi una *fictio*, nella misura in cui risulta difficile stabilire se di reale disponibilità del tempo libero possa parlarsi «nei casi di lavoratore o lavoratrice che non abbiano la possibilità di effettuare un *minimum* di programmazione del *tempo lavorativo*, da cui dipende peraltro la percezione del reddito vitale, con conseguente pregiudizio per le altre dimensioni della temporalità lavorativa e sociale»<sup>739</sup>.

Come già sostenuto da parte dei più acuti osservatori, il tempo come durata, determinata o determinabile, ha la funzione di delimitare la prestazione lavorativa, rappresentando misura di tutela tanto dell'interesse del datore quanto di quello del lavoratore; con il contratto di lavoro, il lavoratore rinuncia a gestire autonomamente non solo il proprio tempo di lavoro, ma anche una parte della propria vita, offrendo la sua esistenza come oggetto di scambio. È la determinazione giuridica della prestazione di lavoro a consentire al lavoratore di possedere la «coscienza della temporalità della propria esistenza»<sup>740</sup>. Nella formula del lavoro secondo il fabbisogno, invece, quello stesso tempo rappresenta strumento di segregazione del lavoratore che non è più in grado di percepire i propri *spazi di vita*, messi interamente a disposizione del datore di lavoro, nella misura in cui né la durata né l'organizzazione dell'orario di lavoro sono regolati dal contratto<sup>741</sup>. Né tali affermazioni potrebbero essere giudicate meno veritiere nella variante che consente al lavoratore di non rispondere alla chiamata, nonostante essa appaia maggiormente *worker friendly*; l'oggetto di scambio (non in senso proprio) rimane, infatti, la percezione della propria esistenza, intesa in termini qualitativi (in caso di rifiuto alla chiamata, il lavoratore mantiene sì la disponibilità del proprio tempo, ma rinuncia alla retribuzione).

<sup>735</sup> L'Avvocato Generale aggiunge poi che se si considerasse generalmente svantaggiosa per i lavoratori a tempo parziale "una tipologia contrattuale che non preveda orari fissi di lavoro previamente concordati", ciò risulterebbe "in contrasto con gli obiettivi dell'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro e della promozione dell'occupazione, sui quali si basa l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, e non dovrebbe in debito conto gli interessi di determinati lavoratori" (par. 107).

<sup>736</sup> G. Ricci, *op. cit.*

<sup>737</sup> Tutt'altro. Vistoso è definito, infatti, lo squilibrio contrattuale che si crea, in questo tipo di contratto, a favore della flessibilità nell'interesse dell'impresa. In questi termini A. Perulli, *op. cit.*

<sup>738</sup> V. A. Lo Faro, *Il part-time in Italia*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2000, n. 88, pag. 603, le cui considerazioni sulla capacità del lavoro part-time di determinare una modificazione non necessariamente migliorativa nella qualità e nella composizione dell'occupazione possono, a maggior ragione, riferirsi alla forma di lavoro qui oggetto di analisi; cfr. ancora, A. Lo Faro, *Part-time work in Italy*, in B. Caruso – M. Fuchs (a cura di) *Flexibility and Labour Law*, Nomos Giuffrè, 2004, pag. 61. Sul rapporto tra part-time e occupazione e su altri aspetti del lavoro a tempo parziale, cfr. inoltre il numero monografico di *Lavoro e diritto*, 2005, n. 2.

<sup>739</sup> In questo senso, ancora G. Ricci, *op. cit.*

<sup>740</sup> G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, a. XVII, n. 1, marzo 1986, pag. 75; cfr., inoltre, A. Supiot (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Carocci, 2003, pag. 96, il quale parla di "forte alterazione del rapporto col tempo degli individui più svantaggiati".

<sup>741</sup> Cfr. G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, fasc. 1, pag. 113.

Gli obiettivi di politica occupazionale, o, meglio, l'interpretazione che di essi viene accolta nella sentenza hanno dunque un indubbio peso nella decisione della Corte comunitaria e, in generale, nell'atteggiamento da essa mostrato rispetto ai lavoratori "atipici". Ma non sono sufficienti a spiegarla interamente. Non si può parlare di una posizione presuntivamente preconcepita senza considerare, al contempo, le motivazioni esplicitamente addotte dalla Corte, quasi alla stregua di attenuanti, costituite dai problemi incontrati (realmente esistenti e/o parzialmente strumentalizzati) nella comparazione delle situazioni.

Certo il tipo di subordinazione sottoposta all'analisi della Corte si atteggia in maniera oramai differente rispetto al passato, e questo contribuisce a spiegare in parte le difficoltà incontrate dalla Corte nel rapportarsi per la prima volta ad un rapporto di lavoro così "estremo" come quello intermittente. I giudici comunitari sono avvezzi ad occuparsi della condizione dei lavoratori part-time già da tempo, ma sempre nell'unico modo finora possibile, cioè attraverso il diritto antidiscriminatorio, che, però, adesso di fatto produce un effetto assorbente sulle norme di regolamentazione dei lavori atipici, privandole di efficacia sostanziale anche quando formalmente applicate. La causa di tale sfasatura è da attribuire al fatto che mentre la figura del lavoratore subordinato ha subito una decisiva mutazione genetica che ne ha determinato la frantumazione in una costellazione di tipologie negoziali che via via vengono sottoposte all'attenzione della Corte, "il punto di riferimento nella costruzione del modello comunitario di regolamentazione della flessibilità *continua a rimanere* il lavoratore subordinato a tempo pieno indeterminato"<sup>742</sup>.

Si tratta evidentemente di due facce della stessa medaglia, o per lo meno di due percorsi che dovrebbero auspicabilmente procedere lungo una linea di evoluzione parallela. Ciò che invece, almeno a giudicare dagli esiti della sentenza Wippel, non sembra ancora accadere. Al contrario, alla facilità e "leggerezza" che qualificano da qualche tempo la creazione da parte dei legislatori nazionali di sempre nuove figure contrattuali non corredate di adeguate tutele, fanno da contraltare l'inadeguatezza e la lentezza che connotano il cammino della giurisprudenza comunitaria e nazionale nell'affrontare questioni ad esse legate.

In conclusione, la Corte si è lasciata sfuggire un'ottima occasione<sup>743</sup> per estendere ai lavoratori non standard non solo il *nomen* della subordinazione ma anche i suoi effetti, rendendo finalmente tangibile una tutela che, alla luce dei fatti, esiste solo sulla carta.

## 5. Riferimenti bibliografici

BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna 1979, pag. 250.

BALLESTRERO, *Trasparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, in *Ragion pratica*, 1996, pag. 276.

<sup>742</sup> P. Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, fasc. 4, pag. 767. L'autore continua sostenendo che "è il lavoratore stabilmente occupato a costituire il perno della disciplina del lavoratore a tempo determinato e parziale che *non è altro da sé* ma, al contrario, una *variante genetica del primo*". Considerazioni che, a maggior valore, valgono per il lavoro intermittente.

<sup>743</sup> Non è stata in grado di svolgere adeguatamente il ruolo di controllo che le viene riconosciuto in un ambito come questo e che deve essere destinato a garantire «non solo l'esatta trasposizione della clausola paritaria, ma anche la rispondenza alle prescrizioni comunitarie delle differenziazioni di trattamento eventualmente introdotte dal legislatore interno». In questo senso giustamente P. Chieco, *op. cit.*

BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. Una riflessione sui lavori flessibili*. Presentazione, in *Lavoro e diritto*, 2004, fasc. 3-4, pag. 501.

BARBERA, *Not the same? The judicial role in the new anti-discrimination law context*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 1, p. 82.

BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione Europea?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2002, fasc. 2, pag. 161.

BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazione industriali*, 2003, n. 99-100, p. 399.

BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie a effetti discriminatori*, di prossima pubblicazione su *Rivista Italiana di diritto del lavoro*.

BELL, *Shifting conceptions of sexual discriminations*, in *European Law Journal*, 1999, n. 5, pag. 63.

BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, fasc. 1, pag. 113.

BORELLI, *Il caso del «lavoro secondo il fabbisogno»: una questione troppo complessa per essere risolta con un rinvio pregiudiziale o una Corte di Giustizia poco audace?*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, 2005, n. 2, pag. 319.

CALAFÀ, RIVARA, *La sentenza P.: una nuova frontiera dell'eguaglianza?*, in *Lavoro e diritto*, 1996, pag. 579.

CAMPBELL, LARDY, *Discrimination against transsexuals in employment*, in *European Law Review*, 1996, pag. 415.

CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2003, 2, pag. 301.

CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in AA.VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, Ed. Scientifiche, 2004.

CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, fasc. 4, pag. 767.

CORAZZA, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta e principi comunitari in tema di discriminazioni indirette*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, fasc. 2, pag. 185.

DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001.

DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lavoro e diritto*, 2004, n. 3-4, p. 527.

FREDMAN, *Equality: a new generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, vol. 30, p. 145.

GOETSCHY, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, *European Journal of Industrial Relations*, 1999, fasc. 2, pag. 117.

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

IZZl, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie "di seconda generazione"*, in *Il Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n.99-100, pag. 423.

IZZl, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005.

LO FARO, *Il part-time in Italia*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2000, pag. 603.

LO FARO, *Part-time work in Italy*, in B. Caruso – M. Fuchs (a cura di) *Flexibility and Labour Law*, Nomos Giuffrè, 2004, pag. 61.

O'KEEFFE, in *Common Market Law Review*, 1992, pag. 1215.

PÉREZ DEL RIO, *La dimensión social del Mercado Unico Europeo*, in *CIVITAS Revista Espanola de Derecho del Trabajo*, 1991, n. 47, pag. 422.

PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, pag. 335.

PIZZUTI, *Contratto di lavoro intermittente e disciplina del part-time*, in *Giuda al lavoro*, 2004, pag. 10.

RICCI, *Tempo di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005.

ROCELLA – TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, CEDAM, Padova, 2002, pag. 177.

SKIDMORE, *Sex, gender and comparators in employment discrimination*, in *Industrial Law Journal*, 1997, vol. 26, p. 51.

SCHMIDT, *Part-time work in Germany*, in B. Caruso – M. Fuchs (a cura di) *Flexibility and Labour Law*, Nomos Giuffrè, 2004, pag. 77.

STONE, *From widgets to digits. Employment regulation for the changing workplace*, Cambridge, 2004, pag. 157.

SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Carocci, 2003, pag. 96.

VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, a. XVII, n. 1, marzo 1986.

## Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti\*

Fabio Ravelli

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introduzione: nuova «governance» europea e «Metodo aperto di coordinamento».                                      | 244 |
| 2. Il «benchmarking».                                                                                                | 248 |
| 3. Il «management by objectives».                                                                                    | 251 |
| 4. Il coordinamento delle politiche per l'occupazione: la scelta degli obiettivi e degli indicatori.                 | 252 |
| 4.1. La fissazione degli obiettivi: gli «orientamenti» per l'occupazione.                                            | 253 |
| 4.2. La scelta degli indicatori e il problema della «qualità del lavoro».                                            | 257 |
| 5. I Piani Nazionali di Azione per l'Occupazione (PNA).                                                              | 264 |
| 6. L'individuazione delle «best practices» e la loro circolazione: la «peer-review» come veicolo di policy transfer. | 267 |
| 7. Conclusioni.                                                                                                      | 272 |
| 8. Riferimenti bibliografici.                                                                                        | 273 |
| 9. Elenco delle abbreviazioni.                                                                                       | 278 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 43/2005

## 1. Introduzione: nuova «governance» europea e «Metodo aperto di coordinamento».

Fra le tendenze evolutive manifestate negli ultimi anni dall'ordinamento comunitario, alla c.d. «*new governance*» spetta certamente un ruolo di primo piano<sup>744</sup>. Questa si connota per l'utilizzo di tecniche di regolazione *soft* che si discostano sensibilmente dal c.d. «metodo comunitario classico» (MCC)<sup>745</sup>: coordinamento, flessibilità, sussidiarietà, partecipazione, legittimità, «*networking*», «*learning*» sono alcune delle categorie giuridiche e politologiche cui gli studiosi ricorrono più spesso per descrivere il fenomeno della *new governance*<sup>746</sup>. Il nuovo approccio si ispira in buona parte alle teorie «costruttiviste» che vedono nel diritto non tanto (o non solo) uno strumento per orientare la condotta dei consociati attraverso l'imposizione di comandi e precetti, quanto, piuttosto, uno strumento per modificare il comportamento dei soggetti agendo sulla loro identità, sul loro modo di essere, sulla loro «conoscenza»: sintetizzando, con uno *slogan*, si potrebbe parlare di «*governance by persuasion*»<sup>747</sup>. Il presupposto che sta alla base di questa originale lettura del fenomeno giuridico passa attraverso la considerazione dell'inidoneità delle tradizionali tecniche di regolazione *hard* – intrinsecamente connotate da elementi di precettività, eteronomia, uniformità applicativa – a disciplinare una società sempre più complessa, il cui tratto caratterizzante sembra essere sempre più quello della «diversità»<sup>748</sup>. La diversità postula la necessità di distinguere: in presenza di situazioni differenti, la risposta non può essere uniforme e standardizzata, ma deve essere calibrata rispetto allo specifico contesto cui si rivolge. La ricerca delle soluzioni, in altre parole, deve essere mossa dalla «logica della *appropriateness*»<sup>749</sup>.

Con il varo della c.d. «Strategia di Lisbona» la Presidenza portoghese sembra avere imboccato questa strada. In primo luogo, compiendo una precisa scelta strategica: «diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale»<sup>750</sup>. In secondo luogo, individuando nel c.d. «Metodo aperto di coordinamento» (MAC) lo strumento principe per vincere la «sfida della diversità»<sup>751</sup>; diversità che è data per presupposta, al punto

<sup>744</sup> Il concetto di «*governance*» – più ampio rispetto a quello di «*government*» («governo») – indica, nelle parole della Commissione, «le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze vengono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza» Cfr. Commissione 2001, 8. Si tratta, in sostanza, dell'insieme delle tecniche e degli strumenti – dalle forme più istituzionalizzate a quelle più informali – utilizzati per elaborare le politiche e assumere le decisioni necessarie alla regolazione di una società organizzata.

<sup>745</sup> Per la nozione di «metodo comunitario», v. Commissione 2001, 8-9. Cfr., inoltre, Dehousse 2002, 2. Sul concetto di «*soft law*», v. *ex multis*, Barbera 2000, 128 ss.

<sup>746</sup> Dehousse 2002; Scott, Trubek 2002, 5-6; Radaelli 2003; Mosher, Trubek 2003; Barbera 2005; Caruso 2005, 10; Trubek, Cottrell, Nance 2005.

<sup>747</sup> Per una lettura in chiave costruttivista della sovranità nel contesto della nuova *governance*, cfr. Aalberts 2004. Sul tema, v. anche Trubek, Cottrell, Nance 2005 e Jacobsson 2002.

<sup>748</sup> Barbera 2005, 352, secondo la quale, nell'Europa di oggi, e ancor più nella futura Europa a 25, «il pendolo fra unità e diversità si è spostato inesorabilmente verso il secondo dei poli». Per una riflessione sui modi di affrontare i problemi posti dalla «diversità» v. anche Scharpf 2001 e 2002.

<sup>749</sup> Trubek, Cottrell, Nance 2005, 8; Sisson, Arrowsmith, Marginson 2003, 22; Wallace 2001, 592. Il problema, semmai – come sottolinea Caruso 2005, 6 – è capire «verso quale punto mediano far convergere le diversità presupposte come ineliminabili e resistenti ad ogni strategia di armonizzazione regolativa attuata attraverso gli strumenti *hard* del metodo comunitario classico»: «[...] negli obiettivi, nei discorsi, nelle politiche, nelle regole?»

<sup>750</sup> Consiglio europeo 2000, § 5.

<sup>751</sup> Scharpf 2001 e 2002.

che il MAC non è inteso come strumento di armonizzazione (per conseguire la quale si continua ad applicare il metodo comunitario classico), ma è concepito quale mezzo «per diffondere la migliore pratica e conseguire una maggiore convergenza verso le finalità principali dell'Ue» e «per assistere gli Stati membri nell'elaborazione progressiva delle loro politiche»<sup>752</sup>. Il MAC, quindi, costituirebbe una via mediana o, se si preferisce, una «terza via», rispetto ai due metodi che hanno da sempre costituito i cardini del *policy-making* comunitario: l'armonizzazione, da un lato, e la cooperazione intergovernativa, dall'altro<sup>753</sup>. Il MAC è in grado di esprimere tutto il suo potenziale soprattutto in quelle aree della politica sociale, sottratte alla potestà normativa del legislatore comunitario, nelle quali, in assenza di un opportuno coordinamento, si produrrebbero, con tutta probabilità, dinamiche competitive con effetti indesiderati di «*race to the bottom*»: si pensi, ad esempio, alle politiche per l'occupazione, alle politiche fiscali o alle politiche di *welfare*<sup>754</sup>. Si può anche ipotizzare un ricorso al MAC in settori nei quali il metodo comunitario sia astrattamente applicabile, sussistendo la competenza comunitaria, ma non concretamente praticabile, ad esempio per effetto di veti incrociati o per la riluttanza di taluni Stati membri a cedere quote di sovranità<sup>755</sup>. Un buon esempio può essere costituito dall'Unione monetaria (UEM): a fronte dell'*opting out* di Regno Unito e Danimarca, si è deciso di procedere applicando un metodo che, fatte salve alcune differenze, ricorda molto da vicino il coordinamento aperto, del quale, anzi, è considerato l'antesignano più illustre<sup>756</sup>. In tal caso, il MAC non si attergerebbe a complemento del metodo classico (ossia un *quid pluris*), ma a vera e propria alternativa in grado di accrescere l'efficienza dell'azione comunitaria aggirando gli ostacoli che talvolta paralizzano i processi decisionali. Peraltro, la Commissione, nel Libro Bianco dedicato alla *governance* europea, sembra escludere questa eventualità, là dove afferma che il MAC «deve completare, non sostituire, l'azione comunitaria» e che «non vi si deve ricorrere quando è possibile un'azione normativa secondo il metodo comunitario»<sup>757</sup>. La posizione espressa su questo punto dalla Commissione, tuttavia, sembra non tener conto del fatto che, a seguito dell'allargamento ad est dell'Unione, l'applicazione del metodo classico sarà sempre più difficoltosa. Quindi, lo si voglia o no, il MAC si porrà sempre di più all'attenzione dei *policy-makers* quale alternativa al MCC. Si tratta, peraltro, di una naturale conseguenza dell'aumento del tasso di diversità, sia economica che strutturale, in seno all'Unione europea.

<sup>752</sup> Consiglio europeo 2000, § 37.

<sup>753</sup> Kenner 1999; Goetschy 2001, 406; Dehousse 2002, 4; Jacobsson 2002; Mosher, Trubek 2003, 83. In generale, sulle politiche della c.d. «terza via», cfr. Giddens 1998.

<sup>754</sup> Si vedano, ad esempio, le considerazioni di Barbera 2000a, 113, la quale, parlando della Strategia Europea per l'Occupazione, cui il MAC largamente si ispira, sottolinea «l'esigenza di recuperare forme di controllo pubblico e democratico su un'economia che ignora i confini degli Stati nazionali, e di contenere il rischio di una corsa competitiva verso il basso dei diversi sistemi sociali, che può metterne a repentaglio la coesione interna».

<sup>755</sup> Pastore 2003, 6 e Bano 2003, 61 ss.

<sup>756</sup> Su tema dell'UEM, e sulle sue connessioni con il MAC, v. Ashiagbor 2004; Dehousse 2002; Velluti 2003, 359 ss. A differenza del MAC, il coordinamento delle politiche monetarie è assistito da sanzioni, sicché le regole prodotte nell'ambito di tale processo sono *binding*.

<sup>757</sup> Commissione 2001, 23-24. In dottrina, non vedono il MAC come alternativa al MCC sia Dehousse 2002 che Radaelli 2003. Critico rispetto alla posizione assunta dalla Commissione, invece, è Scharpf 2001, il quale legge il passaggio del Libro Bianco appena citato come la manifestazione del timore dei funzionari di Bruxelles di cedere terreno nella battaglia per la allocazione del potere, a tutto vantaggio degli Stati nazionali.



Tra le virtù comunemente attribuite al MAC si può inoltre annoverare la sua capacità di sintetizzare, in un medesimo processo, due elementi che spesso divergono: efficienza e legittimità (ma anche legittimazione politica)<sup>758</sup>. I termini della questione si possono riassumere come segue:

a) l'«efficienza» del processo decisionale postula, da parte degli attori in esso coinvolti, il possesso di adeguate competenze tecniche e la possibilità di adottare le deliberazioni del caso in tempi rapidi. L'esperienza mostra che non sempre questi fattori sono adeguatamente valorizzati. In molti casi, anzi, sembra che l'efficienza del processo decisionale sia funzione della sua «de-politicizzazione»: il ricorso ad *expertise* e comitati tecnici<sup>759</sup>, allora, potrebbe costituire una soluzione. Senonché, a fronte di un guadagno in termini di efficienza e di specializzazione, si può produrre una perdita sotto il profilo della trasparenza e della legittimazione democratica;

b) all'estremo opposto, il negoziato politico, che costituisce il tratto distintivo della logica inter-governativa, assicura, attraverso i canali della rappresentanza politica, che le decisioni prese siano (almeno in teoria) più trasparenti e che poggino su una base di legittimazione più ampia e solida: al tavolo delle trattative, infatti, siedono i rappresentanti dei Governi nazionali, eletti dai rispettivi popoli e soggetti a forme di controllo democratico. Allo stesso tempo, però, gli attori che prendono parte al negoziato politico possono cadere vittime della c.d. «*joint decision trap*», trovandosi spesso impossibilitati a decidere con dovuta tempestività per effetto di veti incrociati<sup>760</sup>.

Il punto cruciale è che, molto spesso, la relazione tra efficienza e legittimità è di tipo inverso: più efficienza può implicare meno legittimità e viceversa. Il MAC, se correttamente applicato, offre la possibilità di superare il *trade-off* tra questi due fattori, facendo opportunamente interagire tra loro il livello tecnico e il livello politico. Inoltre, una delle grandi promesse del MAC è il maggiore coinvolgimento delle parti sociali, chiamate ad imprimere al processo un impulso dal basso («*bottom-up*») e ad iniettare, per questa via, dosi di legittimazione democratica. Se così è, affermano i sostenitori del MAC, il nuovo metodo non rappresenta una soluzione di ripiego, bensì una soluzione di avanguardia, in grado di far fare alle tecniche di regolazione europee un salto di qualità<sup>761</sup>.

Le caratteristiche fondamentali del MAC sono sinteticamente descritte nel paragrafo 37 delle *Conclusioni* del Consiglio di Lisbona, dove compaiono, come in un manifesto programmatico, molte delle parole d'ordine della *new governance*: «orientamenti» (*guidelines*), «indicatori», «parametri di riferimento» (*benchmarks*), «valutazione *inter pares*» (*peer-review*), «apprendimento reciproco» (*mutual learning*). Secondo la definizione elaborata in sede comunitaria, il MAC «implica:

- la definizione di orientamenti dell'unione in combinazione con calendari specifici per il conseguimento degli obiettivi da essi fissati a breve, medio e lungo termine;

<sup>758</sup> Goetschy 1999, 133; Hodson, Maher 2001, 722.

<sup>759</sup> Questo tema è stato recentemente oggetto del Convegno *Gouvernance et Expertise de l'Emploi en Europe*, Centre d'Etudes de l'Emploi, Parigi, 13-14 dicembre 2004.

<sup>760</sup> Ashiagbor 2004.

<sup>761</sup> Radaelli 2003, 52.

- la determinazione, se del caso, di indicatori quantitativi e qualitativi e di parametri di riferimento ai massimi livelli mondiali, commisurati alle necessità di diversi Stati membri e settori, intesi come strumenti per confrontare le migliori pratiche;
- la trasposizione di detti orientamenti europei nelle politiche nazionali e regionali fissando obiettivi specifici e adottando misure che tengano conto delle diversità nazionali e regionali;
- il periodico svolgimento di attività di monitoraggio, verifica e valutazione *inter pares*, organizzate con funzione di processi di apprendimento reciproco»<sup>762</sup>.

La «sequenza ideal-tipica»<sup>763</sup> è mutuata dal modello elaborato nell'ambito della Strategia Europea per l'Occupazione (SEO), della quale ci si occuperà più dettagliatamente nel prosieguo del presente lavoro<sup>764</sup>. La discontinuità del MAC rispetto al MCC appare subito evidente: si varcano i tradizionali confini della regolazione per accedere alla nuova dimensione del *benchmarking* e del *management by objectives*<sup>765</sup>; si cambia radicalmente l'approccio regolativo, passando «dall'armonizzazione normativa al coordinamento per obiettivi»<sup>766</sup>.

Questo significa che il giurista si trova di fronte ad una sfida culturale di notevole portata: egli deve abbandonare il territorio dei concetti giuridici consegnatigli dalla tradizione per misurarsi con categorie a lui sconosciute, con le quali hanno sino ad ora avuto consuetudine i soli economisti (in particolar modo, i cultori dell'economia aziendale). Il giurista, in altri termini, deve imparare a maneggiare nuovi e diversi strumenti concettuali, ossia, per usare un'immagine talvolta evocata, cambiare la propria «cassetta degli attrezzi»<sup>767</sup>. Il dialogo tra economia e diritto, dopo aver impegnato gli studiosi sul piano del conflitto tra norme sostanziali – da un lato, quelle poste a garanzia del buon funzionamento del mercato; dall'altro, quelle volte alla protezione dei diritti sociali<sup>768</sup> – si trasferisce ora sul diverso piano delle tecniche di regolazione e della *governance*.

I successivi paragrafi sono dedicati alla definizione di queste nuove tecniche regolative e allo studio del loro funzionamento. L'analisi può essere idealmente suddivisa in due fasi: una prima fase, durante la quale sarà necessario familiarizzare con categorie concettuali normalmente estranee al discorso giuridico (ad es., *benchmarking*, *management by objectives*, ecc.); una seconda fase, durante la quale si entrerà maggiormente nel merito dei problemi posti dall'applicazione del MAC, assumendo come punto di osservazione la SEO. La domanda fondamentale alla quale si cercherà di dare una risposta è la seguente: si tratta di strumenti idonei a coordinare le politiche per l'occupazione e valutarne l'impatto rispetto alla dimensione nazionale? Oppure la loro origine

<sup>762</sup> Consiglio europeo 2000, § 37.

<sup>763</sup> Radaelli 2003, 9.

<sup>764</sup> Non costituirà invece oggetto di trattazione del presente saggio l'applicazione del MAC alle due aree dell'inclusione sociale e delle pensioni. Per una trattazione del rapporto tra MAC e politiche di inclusione sociale, cfr. Ales 2004; per una disamina dell'applicazione del MAC al settore delle pensioni, al momento ancora allo stato embrionale, cfr. de la Porte, Nanz 2003.

<sup>765</sup> Biagi 2000, 420.

<sup>766</sup> Treu 2001, 318 ss.; Caruso 2005, 12.

<sup>767</sup> Dehousse 2002, 11; Barbera 2005, 353.

<sup>768</sup> Su questo tema, in generale, si veda Del Punta 2001. Sul tema, più specifico, del conflitto tra autonomia collettiva e diritto della concorrenza, sia consentito il rinvio a Ravelli 2003.

economica ne limita sostanzialmente l'utilizzabilità in una materia fortemente caratterizzata da implicazioni di carattere giuridico e politico?

## 2. Il «benchmarking».

È opinione diffusa che il «motore» del MAC sia costituito dal *benchmarking*, che, in prima approssimazione, potremmo definire come lo strumento di cui un'organizzazione si serve per valutare: a) in che misura essa sta raggiungendo gli obiettivi prefissati; b) in che modo tali obiettivi possono essere più efficacemente conseguiti<sup>769</sup>. Si cercherà ora di metterne in evidenza le caratteristiche più importanti, esaminando il modello generale per poi vedere come questo si inserisca nel discorso del coordinamento aperto.

Va subito chiarito che si tratta di una tecnica gestionale elaborata dagli studiosi dell'economia aziendale per fornire alle imprese uno strumento che consentisse loro di migliorare la *performance* economica e di essere più competitive<sup>770</sup>. Dunque, nasce al servizio di un'organizzazione – l'impresa – che ha come fine istituzionale la massimizzazione del profitto, da perseguire attraverso la costante ricerca di una maggiore competitività. I campi di applicazione del *benchmarking* si sono progressivamente moltiplicati, fino a comprendere vasti settori della politica sociale. È sufficiente passare in rassegna i documenti comunitari pubblicati negli ultimi anni (orientamenti e raccomandazioni del Consiglio, comunicazioni della Commissione) per rendersi conto di quante aspettative l'applicazione del *benchmarking* abbia generato. Tuttavia, onde evitare fraintendimenti, la sua origine economica non va mai dimenticata. La «ricerca della competitività» è qualcosa di intrinseco al *benchmarking* e non sempre questa caratteristica si sposa con l'esigenza di elaborare politiche occupazionali che, oltre alla *performance* quantitativa, devono prendere in considerazione anche i profili qualitativi del lavoro: prendendo a prestito la retorica abbondantemente sfruttata dai documenti comunitari, non solo «*more jobs*», ma anche «*better jobs*». In altre parole, non si può chiedere al *benchmarking* ciò che esso non può dare. Su questo punto si avrà modo di tornare in seguito con maggiore precisione.

Del *benchmarking*, nel corso degli anni, si sono date varie definizioni. Secondo quella più classica, esso si identifica con la «ricerca delle *best practices* che conducono ad una *performance* superiore»<sup>771</sup>. Più precisamente, «il *benchmarking* si basa sulla capacità di un'organizzazione di misurare e analizzare dettagliatamente la *performance* dei concorrenti migliori, e quindi di riuscire ad adottare quanto appreso attraverso la sperimentazione, in modo da migliorare la propria *performance*»<sup>772</sup>. L'idea di fondo, quindi, è che una *performance* d'eccellenza sia l'effetto dell'adozione, da parte di un'organizzazione, di determinate pratiche e che questo patrimonio di conoscenze possa essere trasferito ad altre organizzazioni<sup>773</sup>. L'organizzazione più competitiva («*best performer*») viene assunta come parametro di riferimento («*benchmark*»); le organizzazioni che con essa si misurano e si comparano sono dette «*followers*». La differenza tra le prestazioni del *best performer* e quelle del *follower*, ossia il divario da colmare, è detta «*performance gap*».

<sup>769</sup> de la Porte, Pochet, Room 2001, 5.

<sup>770</sup> Sulle tappe della diffusione del *benchmarking* cfr. Sisson, Arrowsmith, Marginson 2003.

<sup>771</sup> Camp 1989. Per una rassegna delle principali definizioni di «*benchmarking*», cfr. Lundvall, Tomlinson 2002, 206.

<sup>772</sup> Tronti 2000, 2.

<sup>773</sup> Lundvall, Tomlinson 2002, 206.

Nella sua configurazione tipica, l'esercizio di *benchmarking* si risolve in un processo circolare, o iterativo, che può essere scomposto in tre fasi principali: una fase di studio preliminare; una fase di elaborazione strategica; una fase di sperimentazione. Ossia:

1) «misurazione del *performance gap*»: in questa fase è necessario selezionare la *performance* da analizzare, individuare il *benchmark* rispetto al quale rapportarsi e misurare il divario che separa il *best performer* dal *follower*;

2) «individuazione delle buone pratiche», la quale passa attraverso l'analisi e la valutazione delle ragioni che hanno reso possibile il determinarsi del *performance gap*. Una volta comprese tali ragioni, è possibile individuare le pratiche che hanno consentito al *best performer* di eccellere ed elaborare così una strategia per la loro applicazione. È fondamentale, in questa fase, che le informazioni circolino e siano facilmente accessibili;

3) «adozione e sperimentazione delle buone pratiche»: le pratiche individuate al termine della fase precedente devono essere adottate dall'organizzazione *follower*. Esaurita la sperimentazione, una nuova misurazione del *performance gap* permette di valutare l'impatto delle migliorie apportate. A questo punto, sono possibili due esiti: una valutazione positiva incoraggerà il *follower* a proseguire per la strada intrapresa; un esito negativo, al contrario, porterà a rivedere le premesse della propria azione, ad esempio modificando il *benchmark* o dando un'interpretazione diversa dei fattori ritenuti all'origine del *performance gap*<sup>774</sup>.

Quello appena delineato è il modello-base del *benchmarking*. La prassi applicativa conosce una serie di varianti, i cui tratti dipendono dal contesto nel quale esso si inserisce. La dottrina, solitamente, propone una classificazione basata su tre coppie di criteri<sup>775</sup>:

a) ad esempio, il *benchmarking* può essere «interno» o «esterno»: nel primo caso esso coinvolge le diverse unità nelle quali un'organizzazione è suddivisa; nel secondo caso, riguarda organizzazioni distinte che, tuttavia, presentano alcune caratteristiche comparabili;

b) con riferimento allo scopo che l'esercizio di *benchmarking* si prefigge, questo può essere «competitivo» o «cooperativo»: è competitivo quando mira a migliorare la *performance* dell'organizzazione a danno delle concorrenti, in un gioco tendenzialmente a somma zero; è cooperativo quando l'accento cade sull'apprendimento di buone pratiche da altre organizzazioni;

c) infine, il *benchmarking* può essere «orientato al risultato» (c.d. «*results benchmarking*») ovvero al «orientato al processo» (c.d. «*process benchmarking*» o «*funcional benchmarking*»): ricorre la prima ipotesi quando oggetto di studio è la *performance* conseguita dalle organizzazioni comparate; nel secondo caso, invece, il *focus* è posto sui processi che conducono al conseguimento di un certo risultato. Peraltro, questi due modi di essere non si escludono. Anzi, di norma coesistono, sebbene possa variare il loro peso relativo.

<sup>774</sup> In questa sede si aderisce alla ricostruzione proposta da Tronti 2000. In realtà, sebbene sugli elementi essenziali che connotano il *benchmarking* vi sia largo consenso, la descrizione delle fasi in cui il processo può essere articolato può variare da un autore all'altro. Schütz, Speckesser, Schmid 1998, 6 e Groenendijk 2004, 8, ad esempio, seguendo l'insegnamento di Camp 1989, propongono un'articolazione in cinque fasi: scelta dell'oggetto del *benchmarking* (*planning*); analisi dei dati raccolti (*analysis*); formulazione di appropriate strategie (*integration*); attuazione delle strategie (*action*); monitoraggio e analisi del *feedback* (*maturity*).

<sup>775</sup> Schütz, Speckesser, Schmid 1998, 22 ss.; Groenendijk 2004, 7.

È ora possibile tratteggiare in modo più preciso le caratteristiche del *benchmarking* al quale fanno riferimento le Conclusioni del Consiglio di Lisbona. In via preliminare, è opportuno circoscriverne l'oggetto, che, nel nostro caso, è costituito da «politiche»: politiche per l'occupazione, politiche di *welfare*, politiche di inclusione sociale, e così via. Questa premessa è di estrema importanza, poiché l'individuazione dell'oggetto del *benchmarking* consente di qualificarne con maggiore precisione la natura:

a) la prima importante variante, rispetto al modello d'origine, è che i *performers* non sono imprenditori, bensì Stati nazionali. Quindi, essendo gli Stati entità distinte le une dalle altre, il *benchmarking* delle rispettive politiche avrà normalmente natura esterna. Va detto, comunque, che la natura interna o esterna del *benchmarking* dipende dal punto di vista che si assume. In un sistema *multi-level*, la valutazione comparativa può avvenire non solo fra politiche nazionali, ma anche fra politiche regionali o sub-regionali: ad esempio, uno Stato può applicare la tecnica del *benchmarking* alle politiche regionali sviluppate entro i suoi confini, adottando, in una simile ipotesi, una prospettiva di tipo interno;

b) con riferimento alla dicotomia *competition/cooperation*, la qualità del *benchmarking* è definita dall'area cui esso si applica. I campi d'applicazione individuati dalla Strategia di Lisbona attengono alla dimensione «sociale» dell'Europa, il cui principio ispiratore è fissato nelle parole dell'art. 2 Ce: compito della Comunità è promuovere «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri». Calato in un simile contesto, il *benchmarking* si connota fortemente in senso cooperativo, poiché l'obiettivo finale, almeno in teoria, è non tanto il conseguimento di una maggiore competitività finalizzata a prevalere sugli altri Stati in un gioco a somma zero, quanto il miglioramento della situazione complessiva per mezzo di un processo che produca *mutual learning* e circolazione delle *best practices*. Non sempre, però, questo accade. Una possibile ragione è data dal fatto che la variante cooperativa del *benchmarking* è frutto di una sorta di mutazione genetica, che può non essere sufficiente a sopprimerne del tutto i caratteri competitivi ancestrali: fuor di metafora, se sfruttato in tutte le sue potenzialità solo da alcuni Stati e non da altri, il *benchmarking* diviene oggettivamente uno strumento idoneo ad attribuire, a chi lo sappia padroneggiare, un vantaggio competitivo, e non un mezzo di diffusione della conoscenza<sup>776</sup>. Tale ambiguità di fondo è messa a fuoco da Claudio Radaelli quando afferma che «l'apprendimento, in un contesto politico, non è un esercizio di ricerca della verità, bensì un esercizio politico. E i *policy-makers* non cercano la verità, ma il potere»<sup>777</sup>. Nel MAC si manifesterebbe dunque quella tensione, in passato già evocata da Max Weber<sup>778</sup>, tra le istanze di verità (il *learning*) che dovrebbero connotare l'approccio scientifico, da un lato, e le pulsioni di conservazione del potere insite nell'agire politico, dall'altro. Il *benchmarking* cooperativo, allora, presuppone che anche lo spirito con cui gli attori coinvolti si confrontano sia cooperativo: in altre parole, condizione necessaria perché si inneschi un circolo virtuoso di scambio di buone prassi è che sussista la disponibilità di

<sup>776</sup> Radaelli 2003.

<sup>777</sup> Radaelli 2004, 24 (la traduzione è mia).

<sup>778</sup> Weber 2004. Sul punto si veda anche un recente scritto di Michele Salvati, il quale assume il tentativo di riforma della disciplina dei lavori atipici, svolto nella XIII legislatura, come vicenda paradigmatica dello scontro, quasi della irriducibilità, tra razionalità scientifica (in questo caso economica) e razionalità politica. Cfr. Salvati 2002.

tutti a mettersi in gioco, sottoponendosi alla valutazione della *peer-review*, cosa che non è ancora avvenuta completamente, almeno con riferimento alla procedura di cui all'art. 129.1 Ce (si veda, a tale riguardo, il successivo paragrafo 6)<sup>779</sup>. Solo a queste condizioni uno strumento intrinsecamente preordinato alla competizione può essere piegato alle esigenze – del tutto diverse – della politica sociale;

c) veniamo ora alla terza coppia di criteri di classificazione, incentrata sulla contrapposizione tra *results benchmarking* e *process benchmarking*. Ambedue sono presenti nel modello di *benchmarking* contemplato dal MAC. La valutazione comparativa delle politiche si caratterizza per essere un esercizio molto complesso, che richiede sia l'analisi dei livelli di *performance*, sia lo studio degli strumenti e delle procedure che hanno consentito allo Stato preso come *benchmark* di conseguire tali livelli. La stessa complessità della valutazione di *benchmarking* impone la presenza di entrambi questi profili, i quali si integrano vicendevolmente: infatti, se è vero che dai numeri non si può prescindere, sarebbe del tutto inutile concentrarsi solo sulla *performance*, trascurando lo studio dei fattori (procedure, conoscenze, ecc.) che l'hanno prodotta<sup>780</sup>.

### 3. Il «management by objectives».

Passando in rassegna la letteratura che sino ad ora si è occupata dello studio dei profili funzionali del MAC, si è visto che l'accento cade sul *benchmarking*. Ciò è fondamentalmente corretto, dal momento che esso costituisce il «cuore» del MAC<sup>781</sup>. Tuttavia, non bisogna pensare che il Processo di Lussemburgo si risolva in un unico grande esercizio di *benchmarking*, poiché, se così fosse, le politiche sociali comunitarie sarebbero a ben poca cosa, riducendosi alla meccanica applicazione di strumenti di analisi pensati per accrescere la competitività delle imprese. In realtà, il modello delineato dal Titolo VIII – assunto dal Consiglio di Lisbona quale matrice delle varie forme di coordinamento aperto – è più complesso, poiché implica un forte coinvolgimento del livello politico, chiamato ad esprimere valutazioni che si riferiscono non solo (e non tanto) alla *performance* dei mercati del lavoro, ma anche a problemi legati alla tutela dei diritti degli individui e, più in generale, alla direzione di marcia che la società europea deve imboccare. Infatti, sebbene il MAC prenda a prestito dall'economia alcuni strumenti operativi, è, e resta, un processo di natura politica che prevede, nel corso del suo svolgimento, l'adozione di atti di natura inequivocabilmente giuridica<sup>782</sup>.

Il *benchmarking*, dunque, si inserisce in un contesto più ampio. Leonello Tronti chiarisce bene questo punto quando, parlando della SEO, afferma che «il processo di convergenza guidata avviato dalla Strategia di Lussemburgo [...] non è propriamente un esercizio di *benchmarking*, bensì un esercizio molto complesso e a più livelli di *programmazione per obiettivi*» il quale «istituisce una cornice di indirizzi coordinati, all'interno della quale i governi locali e quelli nazionali sono sollecitati e sostenuti nell'adozione di tecniche di *benchmarking* per accelerare la convergenza [delle politiche]», salvo il fatto che «la responsabilità e la motivazione dell'adozione restano in

<sup>779</sup> Casey, Gold 2005.

<sup>780</sup> Sisson, Arrowsmith, Marginson 2003, 23.

<sup>781</sup> Groenendijk 2004, 1.

<sup>782</sup> Sul punto, cfr. Barbera 2000, 128; Biagi 2000, 419; Bano 2003, 62; Pastore 2003, 12 ss.

capo ai governi»<sup>783</sup>. Sul concetto di «programmazione [*rectius*: «gestione»] per obiettivi» o, se si preferisce, di «*management by objectives*», è bene intendersi. Infatti, qualsiasi azione politica è volta al raggiungimento di obiettivi, sicché, da questo punto di vista, il *management by objectives* (MBO) non costituirebbe una novità particolarmente significativa. L'originalità del contributo che il MBO è in grado di apportare alla *governance* europea, in realtà, risiede nel particolare metodo adottato, basato sulla formulazione *ex ante* di obiettivi quantitativamente misurabili e sulla misurazione *ex post* degli effetti prodotti dall'azione intrapresa per conseguire gli obiettivi prefissati<sup>784</sup>. Come il *benchmarking*, anche il MBO si sostanzia in un processo iterativo, i cui elementi di base sono dati dalle seguenti fasi:

- a) fissazione dei principi ispiratori della *policy* da realizzare, degli obiettivi da raggiungere (espressi in termini quantitativamente misurabili) e di indicatori che aiutino a misurare in che misura detti obiettivi siano stati realizzati;
- b) adozione a livello decentrato delle misure necessarie a conseguire gli obiettivi, pur nel rispetto degli indirizzi di massima impartiti;
- c) monitoraggio costante del grado di raggiungimento degli obiettivi;
- d) valutazione dei risultati conseguiti.

Da questa sommaria descrizione, si ha immediatamente la percezione che i due processi del MBO e del *benchmarking* si assomiglino molto. In effetti, è così, tanto che, nella prassi, spesso ci si riferisce indifferentemente all'uno o all'altro. Questo è dovuto non ad un eccesso di disinvoltura terminologica, bensì al fatto che MBO e *benchmarking*, pur non essendo del tutto coincidenti, tendono a sovrapporsi, riflettendo due aspetti complementari del medesimo approccio metodologico. Una differenza, nondimeno, esiste e deve essere rinvenuta in ciò: nel MBO prevale il momento dell'individuazione dello scenario entro cui le politiche debbono collocarsi e della fissazione degli obiettivi da raggiungere; il *benchmarking*, invece, si caratterizza per un contenuto maggiormente analitico e per la natura comparativa dell'analisi svolta, la quale mira a mettere a confronto politiche e risultati ottenuti dai soggetti presi in considerazione, siano essi Stati, imprese od organizzazioni di altro genere.

Come si vedrà, nel MAC le due tecniche si saldano in un unico processo, nel quale livello politico e livello tecnico si integrano. Questo è particolarmente evidente studiando la Strategia Europea per l'Occupazione, che del MAC costituisce l'esperienza più matura e collaudata. Ad essa è dedicata la seconda parte del presente saggio.

#### 4. Il coordinamento delle politiche per l'occupazione: la scelta degli obiettivi e degli indicatori.

Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione è disciplinato dal Titolo VIII del Trattato Ce. In particolare, l'articolo 128 Ce prevede una progressione di attività nelle quali, come

<sup>783</sup> Tronti 2000, 14-15.

<sup>784</sup> Mosley, Schütz, Breyer 2001, 3.

si è detto al termine del § 1, è agevole ravvisare la sequenza ideal-tipica del MAC<sup>785</sup>. Schematicamente, il modello contemplato dal Titolo VIII consta dei seguenti elementi fondamentali:

- elaborazione degli orientamenti annuali da parte del Consiglio;
- predisposizione, da parte degli Stati membri, di Piani Nazionali di Azione per l'Occupazione (PNA);
- valutazione dei PNA, anche attraverso strumenti di *peer-review* e di *benchmarking*;
- eventuale formulazione di raccomandazioni agli Stati membri;
- stesura, a cura di Consiglio e Commissione, di una «relazione annuale comune in merito alla situazione dell'occupazione nella Comunità e all'attuazione degli orientamenti in materia di occupazione».

La redazione della relazione annuale comune chiude il ciclo. Essa servirà al Consiglio europeo di primavera per formulare le proprie *Conclusioni*, sulla base delle quali il Consiglio elaborerà gli orientamenti che daranno vita al ciclo successivo<sup>786</sup>.

In questo paragrafo, ci si dedicherà alla fase iniziale del processo, cercando di collocarla nel contesto normativo previsto dal Titolo VIII del Trattato Ce.

#### 4.1. La fissazione degli obiettivi: gli «orientamenti» per l'occupazione.

Sulla base delle *Conclusioni* del Consiglio europeo, il Consiglio «elabora annualmente degli orientamenti di cui devono tener conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione» (art. 128 Ce)<sup>787</sup>. Sebbene l'atto formale con il quale si adottano gli orientamenti annuali, una «decisione», sia di competenza del Consiglio, questo primo passaggio istituzionale vede il coinvolgimento, a vario titolo, di diversi attori: Parlamento, Comitato economico e sociale, Comitato delle regioni e Comitato per l'occupazione debbono essere obbligatoriamente consultati, mentre spetta alla Commissione il compito di formulare la proposta sugli orientamenti da adot-

<sup>785</sup> Cfr. art. 128 Ce: «1. In base a una relazione annuale comune del Consiglio e della Commissione, il Consiglio europeo esamina annualmente la situazione dell'occupazione nella Comunità e adotta le conclusioni del caso.

2. Sulla base delle conclusioni del Consiglio europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle Regioni e del comitato per l'occupazione di cui all'articolo 130, elabora annualmente degli orientamenti di cui devono tener conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione. Tali orientamenti sono coerenti con gli indirizzi di massima adottati a norma dell'articolo 99, paragrafo 2.

3. Ciascuno Stato membro trasmette al Consiglio e alla Commissione una relazione annuale sulle principali misure adottate per l'attuazione della propria politica in materia di occupazione, alla luce degli orientamenti in materia di occupazione di cui al paragrafo 2.

4. Il Consiglio, sulla base delle relazioni di cui al paragrafo 3 e dei pareri del comitato per l'occupazione, procede annualmente ad un esame dell'attuazione delle politiche degli Stati membri in materia di occupazione alla luce degli orientamenti in materia di occupazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su raccomandazione della Commissione, può, se lo considera opportuno sulla base di detto esame, rivolgere raccomandazioni agli Stati membri.

5. Sulla base dei risultati di detto esame, il Consiglio e la Commissione trasmettono al Consiglio europeo una relazione annuale comune in merito alla situazione dell'occupazione nella Comunità e all'attuazione degli orientamenti in materia di occupazione».

<sup>786</sup> Per una ricostruzione più dettagliata dei passaggi istituzionali di cui il processo di comporre, si veda l'ottima tabella elaborata da Mosher, Trubek 2003, 69.

<sup>787</sup> Si deve distinguere tra il «Consiglio europeo», inteso quale organo politico composto dai Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri, dal «Consiglio», inteso quale organo legislativo della Comunità europea composto, di volta in volta, dai Ministri competenti per la materia interessata dall'atto normativo emanato.



tare. È nel corso di questa fase – caratterizzata da una forte interazione tra il livello tecnico, incarnato prevalentemente dalla Commissione, e il livello politico, rappresentato dal Consiglio – che si dà al processo l'*imprinting* che ne condiziona l'esito finale. Alle *guidelines* è infatti assegnato il compito di fissare gli obiettivi da raggiungere e di fornire una serie di indicatori che consentano di misurare il grado di attuazione dei *targets* stabiliti. Tali obiettivi costituiscono il parametro di riferimento (*benchmark*) al quale gli Stati membri si devono rapportare durante la fase attuativa delle politiche.

Nella sua fase iniziale, quindi, il processo è di tipo *top-down*, poiché gli obiettivi di ampio respiro, direttamente riconducibili ai valori fondativi della politica sociale comunitaria, non possono che essere individuati a livello sovranazionale. Essi costituiscono il comune denominatore, il traguardo verso cui devono indirizzarsi gli sforzi degli Stati membri nel momento dell'attuazione delle politiche. Solo in un secondo momento, ossia nella fase in cui si valutano e confrontano le *performance* dei singoli Stati membri, e si verifica la loro coerenza rispetto agli obiettivi iniziali, il processo assume (o almeno dovrebbe assumere) una connotazione *bottom-up*. Le migliori pratiche sperimentate a livello nazionale o regionale concorrono, infatti, a determinare il contenuto degli orientamenti con cui prenderà avvio il ciclo successivo. Ciò permette di chiarire un primo significato attribuibile all'aggettivo «aperto»: il metodo è aperto perché, se è vero che i fini sono imposti dall'alto, tuttavia agli Stati membri è lasciata ampia libertà circa gli strumenti da impiegare. E, a ben vedere, nemmeno gli obiettivi sono fissati in modo così rigido: se, alla fine del ciclo, il rapporto tra obiettivi e risultati è insoddisfacente, le informazioni raccolte durante il processo di *benchmarking* possono costituire una base per precisare meglio gli obiettivi ovvero per individuare di nuovi<sup>788</sup>.

Si tratta di un esercizio estremamente complesso: il governo della diversità impone, infatti, di tener conto di una molteplicità di fattori e di vincoli, di natura sia politica che economica. Innanzi tutto, è lo stesso Trattato a sancire i principi-base a cui il coordinamento delle politiche deve improntarsi. Si è detto in precedenza del richiamo, effettuato dall'art. 2 Ce, all'esigenza che l'azione comunitaria sia volta a realizzare «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri». Il contenuto essenziale dell'azione comunitaria nel settore delle politiche occupazionali è precisato meglio dall'art. 125 Ce: la strada da seguire è quella della «promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici». La disposizione di apertura del Titolo VIII offre un'importante chiave interpretativa, denotando l'opzione del Trattato di Amsterdam a favore di un approccio orientato all'offerta (c.d. *supply-side*)<sup>789</sup>. Ne consegue che le politiche elaborate nell'ambito della SEO dovranno mantenersi nell'alveo tracciato dall'art. 125 Ce e che gli obiettivi fissati dalle *guidelines* annuali dovranno essere formulati in modo da rispecchiare la scelta di fondo fatta ad Amsterdam.

---

<sup>788</sup> Smismans 2004, 4; Telò 2002, 254.

<sup>789</sup> Barbera 2000a, 146 ss. Peraltro, di deve sottolineare che, a seguito della scelta compiuta nel 2003 di sincronizzare gli indirizzi di massima per le politiche economiche e gli orientamenti per l'occupazione, nonché della decisione, assunta in occasione del recente *Summit* di Bruxelles, di redigere un pacchetto di «linee direttrici integrate», l'impronta *supply-side* della SEO è andata progressivamente sfumando. Sul punto, comunque, avrò modo di tornare tra breve.

Vi sono poi vincoli di natura economica dei quali i *policy makers* devono tener conto nel momento in cui mettono a punto gli indirizzi cui le politiche nazionali dovranno conformarsi. In ben due disposizioni normative – gli artt. 126 e 128 Ce – si dice a chiare lettere che le politiche per l'occupazione devono essere «coerenti con gli indirizzi di massima per le politiche economiche [...] adottati a norma dell'art. 99, paragrafo 2»<sup>790</sup>. L'idea di fondo è che le politiche per l'occupazione, in sé considerate, non siano sufficienti a creare posti di lavoro: perché si possa produrre un effetto di *job creation*, è necessario, da un lato, che le politiche occupazionali siano inserite in un quadro macroeconomico favorevole e, dall'altro, che gli Stati nazionali mantengano le finanze pubbliche sotto controllo<sup>791</sup>. Quindi, se il tasso di crescita economica è basso, la *performance* delle politiche occupazionali ne risentirà di conseguenza. Proprio questo è accaduto negli anni appena trascorsi. Il calo di produttività che ha recentemente afflitto il sistema economico europeo, determinando una crescita inferiore alle aspettative, è stato uno dei principali motivi del mancato raggiungimento degli obiettivi occupazionali fissati dal Vertice di Lisbona (sui quali si avrà modo di tornare nel paragrafo successivo)<sup>792</sup>.

La relazione tra politiche per l'occupazione e politiche economiche è divenuta sempre più evidente nel corso degli anni, influenzando in modo significativo sui criteri di redazione degli orientamenti, la cui struttura è stata oggetto, a partire dal 2003, di alcuni importanti cambiamenti: da un lato, si è avuta una maggiore semplificazione – con l'abbandono della tradizionale articolazione sui c.d. «Quattro Pilastri» (occupabilità, imprenditorialità, adattabilità, pari opportunità)<sup>793</sup> – e, dall'altro, è stato reso più evidente il nesso tra gli orientamenti di cui all'art. 128 Ce e le linee

<sup>790</sup> Cfr. art. 99.2 CE: «Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su raccomandazione della Commissione, elabora un progetto di indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità, e ne riferisce le risultanze al Consiglio europeo. Il Consiglio europeo, deliberando sulla base di detta relazione del Consiglio, dibatte delle conclusioni in merito agli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità.

Sulla base di dette conclusioni, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, adotta una raccomandazione che definisce i suddetti indirizzi di massima. Il Consiglio informa il Parlamento europeo in merito a tale raccomandazione».

<sup>791</sup> Ashiagbor 2004.

<sup>792</sup> Begg 2004, 130-131. Sul punto si vedano anche le valutazioni critiche espresse dalla *task force* presieduta da Wim Kok. Cfr. Kok *et al.* 2004, 14-16.

<sup>793</sup> È dunque stato accolto l'invito della Commissione alla semplificazione. Cfr. Commissione 2002a, 20 ss. Sull'originaria configurazione delle *guidelines*, e sulla loro articolazione in quattro pilastri, cfr. Goetschy 1999; Barbera 2000; Biagi 2000. La svolta si è prodotta nel 2003, quando è stato disposto lo sfolgimento delle *guidelines*, in modo da ottenere pochi, ma chiari, obiettivi. Negli *Orientamenti per l'occupazione* del 2003, si prevede infatti la fissazione di tre «obiettivi generali» e di dieci «orientamenti specifici» che ne dovrebbero costituire lo svolgimento. Si può subito rilevare come la struttura sia stata semplificata: dai ventidue orientamenti del 1999 si è passati ai tredici del 2003. I tre obiettivi generali riflettono le scelte di fondo delle istituzioni comunitarie in tema di occupazione, in linea col principio stabilito dall'art. 2 CE: a) «piena occupazione»; b) «migliorare la qualità e la produttività sul posto di lavoro»; c) «rafforzare la coesione e l'integrazione sociale». Gli orientamenti specifici, invece, individuano quali azioni debbano essere intraprese per il conseguimento dei tre obiettivi generali:

- misure attive e preventive per le persone disoccupate e inattive;
- creazione di posti di lavoro e imprenditorialità;
- affrontare il cambiamento e promuovere l'adattabilità e la mobilità nel mercato del lavoro;
- promuovere lo sviluppo del capitale umano e l'apprendimento lungo l'arco della vita;
- aumentare la disponibilità di manodopera e promuovere l'invecchiamento attivo;
- parità uomo-donna;
- promuovere l'integrazione delle persone svantaggiate su mercato del lavoro e combattere la discriminazione nei loro confronti;
- far sì che il lavoro paghi attraverso incentivi finanziari per aumentare l'attrattiva del lavoro;
- trasformare il lavoro nero in occupazione regolare;
- affrontare le disparità regionali in materia di occupazione.

guida economiche di cui all'art 99.2 Ce. Coerente con la ricerca di un approccio maggiormente integrato è stata la scelta – resa esplicita dalla Comunicazione della Commissione del 3 settembre 2002, COM(2002) 487 – di razionalizzare i cicli annuali di coordinamento delle politiche economiche e per l'occupazione, sincronizzando il momento della revisione degli indirizzi di massima e degli orientamenti e prevedendo che questa avvenga solo una volta ogni tre anni<sup>794</sup>. All'obbligo di emanazione annuale degli orientamenti previsto dall'art. 128 CE si è ottemperato alternando *guidelines* dettagliate e ben strutturate (si vedano, ad esempio, gli *Orientamenti* per il 2003) e *guidelines* che si risolvono nella mera riproposizione di quelle dell'anno precedente (cfr. gli *Orientamenti* per il 2004)<sup>795</sup>.

Importanti novità sono giunte, poi, dal *Summit* di Bruxelles del 2005, in occasione del quale si è deciso di rafforzare ulteriormente il coordinamento dei cicli di programmazione delle politiche economiche ed occupazionali, per mezzo di c.d. «linee direttrici integrate», emanate dal Consiglio ogni tre anni, destinate a racchiudere al loro interno gli indirizzi di massima per le politiche economiche e gli orientamenti in materia di occupazione. Agli Stati membri spetterà il compito di redigere «programmi di riforma nazionali» (entro l'autunno 2005), i quali «saranno oggetto di consultazione con tutte le parti interessate a livello regionale e nazionale, compresi gli organi parlamentari, secondo le procedure proprie di ciascuno Stato membro». Infine, la Commissione dovrà predisporre un «programma comunitario di Lisbona», contenente indicazioni in merito alle «azioni da intraprendere a livello comunitario al servizio della crescita e dell'occupazione tenendo conto della necessità di convergenza delle politiche»<sup>796</sup>. L'efficacia delle azioni intraprese ai vari livelli sarà monitorata e verificata ogni anno in vista del Consiglio europeo di primavera. A tal fine, la Commissione dovrà stendere una relazione di attuazione, sulla base della quale il Consiglio deciderà sugli eventuali adeguamenti da apportare alle linee direttrici integrate<sup>797</sup>. La revisione complessiva delle linee direttrici, salve evenienze sopravvenute che consiglino di adottare una diversa condotta, si svolgerà alla fine del ciclo triennale, ossia nel 2008.

Il nuovo ciclo di *governance* prefigurato dal Consiglio di primavera ha preso avvio con la pubblicazione, da parte della Commissione, di un documento – significativamente intitolato *Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione (2005-2008)* – contenente una raccomandazione sugli indirizzi di massima per le politiche economiche ed una proposta di decisione del Consiglio in materia di orientamenti per le politiche occupazionali<sup>798</sup>. Si tratta, in tutto, di ventitre linee

<sup>794</sup> Commissione 2002b, 5-6: secondo la quale la razionalizzazione dei cicli annuali di coordinamento, e la loro collocazione in un orizzonte temporale di medio periodo, secondo la Commissione, «contribuirebbe a:

- assicurare la stabilità degli indirizzi e delle raccomandazioni, consentendo agli Stati membri di elaborare strategie politiche credibili per la loro messa in atto e contribuendo al loro effettivo monitoraggio, dando al Consiglio e al Parlamento l'opportunità di adottare le iniziative necessarie laddove, per definizione, potrebbe essere richiesta una prospettiva a più lungo termine;
- evitare di dare l'impressione che la strategia è incompleta e ha bisogno di essere costantemente ridefinita;
- mettere la strategia più chiaramente in relazione con la realizzazione degli obiettivi strategici per il 2005 e il 2010 dell'agenda di Lisbona;
- spostare l'accento dalla definizione delle strategie politiche alla loro messa in atto;
- accrescere la visibilità e l'impatto della strategia».

Sul punto si veda anche Ashiagbor 2004; Sciarra 2003a, 7.

<sup>795</sup> Si raffrontino, a tale riguardo, Consiglio europeo 2003 e 2004a.

<sup>796</sup> Consiglio europeo 2005, § 39, 12-13.

<sup>797</sup> Entro il 2008, anno di revisione delle linee direttrici integrate, si prevede predisposizione di due relazioni: la prima nell'autunno 2006, la seconda nell'autunno 2007.

<sup>798</sup> Commissione 2005b.

direttrici, suddivise in tre sottoinsiemi: orientamenti macroeconomici, orientamenti microeconomici ed orientamenti occupazionali. Ciascun gruppo di *guidelines*, tuttavia, non costituisce un *corpus* a sé stante, ma si integra con gli altri per mezzo di un sistema di richiami testuali interni. Una lettura analitica del documento predisposto dalla Commissione mostra alcuni interessanti intrecci tra orientamenti macro/microeconomici, da un lato, e orientamenti occupazionali, dall'altro:

- la *guideline* 2 («assicurare la sostenibilità economica») è posta in stretta relazione con la *guideline* 17 («promuovere un approccio al lavoro basato sul ciclo di vita»);
- la *guideline* 4 («favorire una maggiore coerenza tra politiche macroeconomiche e politiche strutturali») si integra profondamente con la *guideline* 20 («favorire al tempo stesso flessibilità e sicurezza occupazionale e ridurre la segmentazione del mercato del lavoro»);
- l'orientamento 5 («far sì che l'evoluzione salariale contribuisca alla stabilità macroeconomica e alla crescita») va letto assieme all'orientamento 21 («garantire andamenti salariali e altri costi del lavoro favorevoli all'occupazione»);
- da ultimo, va segnalato il nesso stabilito tra le linee direttrici 12 («aumentare e migliorare gli investimenti nel campo della R&D») e 22 («potenziare e migliorare gli investimenti in capitale umano»).

È ancora presto per dire se questo approccio integrato – che riflette le indicazioni pervenute dal Rapporto stilato dalla *task force* presieduta da Wim Kok – servirà o meno a rilanciare la sofferente Strategia di Lisbona. Il dato su cui per ora si deve riflettere è che, con il Consiglio di Bruxelles, si è avuta l'ennesima conferma non solo della strettissima interrelazione che avvince politiche economiche ed occupazionali, ma anche della sostanziale ancillarità delle seconde rispetto alle prime<sup>799</sup>. La stessa Commissione – pur dichiarando che, in linea di principio, la strategia di Lisbona attribuisce alla crescita dell'occupazione (di qualità, pare di capire) e all'incremento della produttività la stessa importanza – ha riconosciuto che, in questa fase, debba essere data priorità al recupero di competitività, da ottenersi mediante un aumento della produttività. In un passaggio successivo la Commissione è ancora più esplicita, rendendo chiaro a tutti che nella Bruxelles del 2005 si respira ormai un'aria diversa da quella della Lisbona del 2000: «il fin troppo folto elenco di obiettivi politici della strategia di Lisbona ha oscurato l'importanza di interventi che possano determinare un aumento della produttività. Da ora in poi, le riforme strutturali promosse da tali misure svolgeranno un ruolo cruciale nella rinnovata strategia di Lisbona»<sup>800</sup>. Cosa debba aspettarsi il giuslavorista, a questo punto, è abbastanza evidente: lo spostamento del *focus*, nel breve/medio periodo, sull'incremento di produttività del lavoro e sulle politiche occupazionali di tipo quantitativo, col temporaneo sacrificio delle politiche destinate alla produzione di *better jobs*, con la sola eccezione – questo è l'auspicio – delle politiche per la formazione, le quali, almeno nelle intenzioni dichiarate dalla Commissione, dovrebbero ricevere nuovo impulso.

#### 4.2. La scelta degli indicatori e il problema della «qualità del lavoro».

È chiaro, peraltro, che la semplice fissazione di obiettivi non è sufficiente. Perché il processo possa accedere alle fasi successive, occorre che i *targets* siano chiari e corredati da indicatori che con-

<sup>799</sup> Ancillarità già messa in rilievo da Ashiagbor 2004.

<sup>800</sup> Commissione 2005a, 15.

sentano di verificarne l'attuazione. Il momento della determinazione degli indicatori è estremamente importante: infatti, indicatori mal concepiti non consentono di valutare correttamente l'impatto delle politiche e rendono sostanzialmente inutile l'applicazione delle tecniche di *benchmarking*. Ossia, è fondamentale che gli indicatori prescelti siano tali da consentire la misurabilità e la comparabilità della *performance* degli Stati membri. Questo è normalmente agevole quando si tratti di misurare il grado di attuazione di obiettivi quantitativamente definiti, attraverso indicatori quali, ad esempio, il tasso di occupazione; l'esercizio diviene invece molto più complesso e dall'esito incerto quando ad essere presi in considerazione sono obiettivi di tipo qualitativo, poiché, in questo secondo caso, si dovrà tradurre la qualità in numeri, il che non sempre è possibile. Probabilmente, è proprio questo il limite maggiore delle tecniche di *benchmarking* applicate alla politica sociale. Qualche esempio aiuterà a chiarire il problema.

In primo luogo, si prenda in considerazione l'obiettivo della creazione di posti di lavoro. In questo caso, è chiaro ciò che si vuole ottenere ed è altrettanto chiaro quali parametri sono da utilizzare. Negli *Orientamenti* per il 2003 è scritto che «gli Stati membri mireranno a ottenere la piena occupazione realizzando un approccio politico esaustivo comprendente misure relative sia alla domanda sia all'offerta, così da aumentare i tassi d'occupazione nella direzione degli obiettivi fissati a Lisbona e Stoccolma». L'obiettivo è successivamente precisato mediante il ricorso all'indicatore del tasso di occupazione, differenziato per categorie di soggetti: «Le politiche contribuiranno a raggiungere, per la media dell'Unione europea:

- un tasso d'occupazione complessivo del 67 % nel 2005 e del 70 % nel 2010;
- un tasso d'occupazione per le donne del 57 % nel 2005 e del 60 % nel 2010;
- un tasso d'occupazione per i lavoratori anziani tra i 55 e i 64 anni del 50 % nel 2010»<sup>801</sup>.

Quando si tratta di fissare *targets* quantitativamente apprezzabili, la misurabilità del risultato e la sua comparabilità rispetto al parametro di riferimento o alla *performance* degli altri Paesi non costituiscono, in sé, un problema. La questione, semmai, è un'altra: ben venga la «gestione per obiettivi», purché questi, oltre che chiari, siano anche credibili e realistici<sup>802</sup>. È ormai evidente che a Lisbona vi fu un eccesso di ottimismo: la crescita economica che avrebbe dovuto sostenere le politiche occupazionali non c'è stata e gli obiettivi per il 2010 non saranno raggiunti<sup>803</sup>. Il *perfor-*

<sup>801</sup> Gli obiettivi da raggiungere entro il 2010, fissati dal Consiglio di Lisbona, sono stati integrati da obiettivi intermedi, elaborati dal Consiglio di Stoccolma, il cui raggiungimento è previsto per il 2005.

<sup>802</sup> Begg 2004, 134.

<sup>803</sup> Si vedano i dati riportati nel *Joint Employment Report* del 2003/2004. Consiglio e Commissione 2004, 93: «La relazione comune sull'occupazione dimostra che le riforme realizzate nel quadro degli orientamenti in materia di occupazione devono essere proseguite ed estese. Tali riforme hanno già dato buona prova di sé nel miglioramento delle prestazioni del mercato del lavoro, come confermato dalla tenuta dell'occupazione durante il recente rallentamento economico. Tuttavia, i progressi verso l'obiettivo di Lisbona di raggiungere un tasso di occupazione complessivo del 70% entro il 2010 hanno subito una battuta d'arresto. Poiché il tasso si attesta attualmente al 64,3%, è chiaro sin d'ora che l'UE non rispetterà l'obiettivo intermedio, fissato per il 2005, di un tasso di occupazione del 67%. Sussiste anche il rischio che, in mancanza di ulteriori misure, non venga raggiunto l'obiettivo fissato per il 2010. Il tasso di occupazione femminile è migliorato nel 2002 (55,6%) e rimane sulla buona strada verso l'obiettivo intermedio stabilito per il 2005 (57%), ma il tasso di occupazione dei lavoratori anziani (40,1%) e l'età media di uscita dal mercato del lavoro (60,8) si mantengono a livelli troppo bassi».

*mance gap*, poi, è destinato ad aumentare ulteriormente se il campo d'analisi si estende all'Europa allargata a 25<sup>804</sup>. Inoltre, è vero che un significativo incremento occupazionale c'è stato, ma si tratta, nella maggior parte dei casi, di lavori a basso contenuto qualitativo, che, a prima vista, non sembrano soddisfare lo *standard* richiesto all'«economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo»<sup>805</sup>.

Diverso è il discorso, infatti, quando ci si sofferma sulla qualità dei lavori («*better jobs*»). La questione è di fondamentale importanza, poiché è su questo terreno che il c.d. «Modello Sociale Europeo» deve misurare la propria forza e la propria capacità di resistenza alle spinte deregolative. La carenza delle *guidelines* sotto il profilo degli indicatori di qualità è stata subito messa in luce dalla dottrina più attenta. All'indomani dell'emanazione degli *Orientamenti* per il 1999<sup>806</sup>, Janine Goetschy rilevava che «l'importanza di sottolineare l'urgenza di trovare soluzioni alla disoccupazione non autorizza a soprassedere sulla natura dei posti di lavoro da creare», poiché la priorità data a misure di tipo quantitativo «può accelerare lo sviluppo di forme di occupazione (*part-time* involontario, lavori precari e mal pagati, schemi di *workfare*) che difettano sotto l'aspetto della protezione e del riconoscimento sociale. Tali forme di lavoro non garantiscono dignità sociale e non permettono di raggiungere l'obiettivo dell'integrazione sociale dell'individuo»<sup>807</sup>. Il tempo ha mostrato quanto questi timori fossero fondati: la vicenda della riforma del mercato del lavoro italiano – caratterizzata dalla moltiplicazione delle tipologie di lavoro precario – è emblematica<sup>808</sup>. Tralasciando, per ora, ulteriori considerazioni sull'attuazione delle *guidelines* comunitarie da parte dell'Italia, occorre porsi due domande, onde impostare correttamente il discorso sulla qualità dei lavori. Cosa intendono le istituzioni comunitarie quando parlano di qualità? Una volta chiarito cosa sia la qualità del lavoro, come può essere misurata?

Il tema della «qualità del lavoro», pur assai ricorrente nelle *Conclusioni* dei Consigli europei dedicati alla politica sociale nel biennio 2000-2001<sup>809</sup>, è stato affrontato per la prima volta in modo organico e approfondito nella comunicazione della Commissione «*Politiche sociali e del mercato del lavoro: una strategia di investimento nella qualità*»<sup>810</sup>. Quando si abbandona il territorio delle grandezze quantitative e si comincia a riflettere sul problema della qualità del lavoro, si ha subito l'impressione di muoversi su un terreno assai scivoloso. La ragione è semplice: mentre sul concetto di «quantità» è facile intendersi, non è altrettanto agevole trovare una definizione di «qualità» che sia sufficientemente chiara e condivisa nei suoi significati. Né, d'altra parte, è pensabile che il lavoro di qualità sia semplicemente il lavoro ben retribuito. Diversi altri fattori concorrono alla definizione di ciò che possiamo considerare «lavoro di qualità»: «le caratteristiche oggettive

<sup>804</sup> Kok *et al.* (2004), 10-14.

<sup>805</sup> Per un riepilogo dei dati relativi all'impatto della SEO dopo 5 anni di attuazione, cfr. Commissione 2002a. Per una critica ai risultati sin qui ottenuti, cfr. Kok *et al.* 2004, 15 ss.

<sup>806</sup> Consiglio europeo 1999.

<sup>807</sup> Goetschy 1999, 135. L'Autrice è tornata in argomento analizzando le *guidelines* del 2001, rilevando le medesime carenze. Cfr. Goetschy 2001, 412.

<sup>808</sup> La letteratura sulla riforma del mercato del lavoro italiano, attuata attraverso il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, è pressoché sterminata. Tra i molti commentari dedicati all'argomento, cfr. Ghezzi 2004.

<sup>809</sup> Cfr. ad esempio le *Conclusioni* dei Consigli di Lisbona, Nizza, Stoccolma, Laeken.

<sup>810</sup> Commissione 2001b.

del posto di lavoro, sia come ambiente di lavoro nel senso più ampio, che le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere; le caratteristiche del lavoratore, come specifiche che esso apporta al posto che occupa; la sintonia tra le caratteristiche specifiche del lavoratore e i requisiti per svolgere quell'attività; la valutazione soggettiva (grado di soddisfazione personale) di tali caratteristiche ad opera del singolo lavoratore»<sup>811</sup>. Di ciò è ben consapevole la Commissione, che, infatti, si riferisce alla qualità come ad un «concetto relativo e al contempo pluridimensionale»<sup>812</sup>.

La natura pluridimensionale della qualità richiede, allora, che gli indicatori utilizzati siano sufficientemente articolati, in modo da riferirsi in modo preciso a ciascuno dei profili nei quali si sostanzia tale concetto. La Commissione ha proposto un *set* di indicatori riconducibili a due categorie generali<sup>813</sup>:

- le «caratteristiche del posto di lavoro», con particolare riferimento ai seguenti profili: qualità intrinseca del lavoro; qualifiche, formazione lungo l'intero arco della vita e carriera professionale;
- l'«ambiente di lavoro e le condizioni del mercato del lavoro», e in particolare: parità di trattamento di uomini e donne; protezione della salute e della sicurezza sul lavoro; flessibilità e sicurezza; integrazione tramite il lavoro e accesso al mercato del lavoro; organizzazione del lavoro ed equilibrio tra sfera professionale e sfera privata; dialogo sociale e partecipazione dei lavoratori; diversificazione e non discriminazione; risultati economici generali e produttività.

Il contributo della Commissione è servito a definire più correttamente i termini della questione. Ciò nonostante, permangono alcuni problemi. La difficoltà principale si manifesta nel momento in cui l'elemento della qualità viene introdotto in un esercizio di *benchmarking*: infatti, gli obiettivi di politica sociale – cui gli indicatori si riferiscono – non sono solamente il frutto di opzioni economiche, ma sono anche l'espressione di scelte determinate da una visione della società fondata su giudizi etici e valutazioni politiche, come tali irriducibili ad un modello matematico o ad un metodo gestionale. In alcuni casi, come vedremo, l'individuazione di indici di qualità suscettibili di quantificazione è possibile; altre volte, invece, si tratta di una missione improba.

La «Relazione comune sull'occupazione 2003/2004», ove sono riportati gli indicatori elaborati nel tentativo di sviluppare lo studio sulla qualità svolto dalla Commissione<sup>814</sup>, offre numerose conferme di quanto appena affermato<sup>815</sup>.

Ci si soffermi, ad esempio, su di un profilo considerato decisivo in una società della conoscenza come quella prefigurata a Lisbona, ossia la formazione dei lavoratori. Ebbene, in questo caso la qualità è misurabile, ed è stata misurata, attraverso i seguenti indicatori: livello di istruzione dei 20-24enni (maschile e femminile); tasso di partecipazione all'istruzione e alla formazione; investimento nelle risorse umane; partecipazione alla formazione professionale continua (maschile e femminile); investimenti delle imprese nella formazione degli adulti. È chiaro che indicatori di questo tipo non consentono di entrare nel merito delle politiche per la formazione, cosa che

<sup>811</sup> Commissione 2001b, 8.

<sup>812</sup> Commissione 2001b, 7-8. Sul punto, cfr. Goetschy 2003, 414 ss.

<sup>813</sup> Commissione 2001b, 12-16.

<sup>814</sup> *Ibidem*.

<sup>815</sup> Si veda, in particolare, l'Allegato 1 alla Relazione comune sull'occupazione 2003/2004. Cfr. Consiglio e Commissione 2004, 97 ss.

competere agli Stati membri, ma, comunque, sono idonei a fornire informazioni di massima circa l'efficacia e l'impatto delle politiche stesse.

Una seconda ipotesi in cui la qualità può essere suscettibile di misurazione è data dagli indicatori elaborati in relazione al profilo della protezione della salute e della sicurezza sul lavoro: tendenze negli infortuni sul lavoro (gravi); tendenze negli infortuni sul lavoro (mortalità); tendenze nelle malattie professionali. Quanto minore è la tendenza a riportare infortuni sul lavoro o a contrarre patologie professionali, tanto maggiore sarà l'efficacia delle politiche in materia.

Altri profili della qualità, invece, sono di più incerta lettura e rendono molto più difficoltosa l'individuazione di indicatori dotati di qualche valenza euristica. Paradigmatica è la questione dell'organizzazione del lavoro e dell'equilibrio tra sfera professionale e sfera privata, in relazione alla quale la Commissione ha individuato tre indicatori potenziali<sup>816</sup>:

- possibilità di congedo di maternità e di congedo parentale e tasso di ricorso ad essi;
- possibilità di accoglienza per bambini dei gruppi di età prescolare e di scuola primaria;
- percentuale dei lavoratori soggetti a condizioni di orario flessibile.

I primi due non pongono particolari problemi, dal momento che consentono di stabilire una relazione diretta tra possibilità di accesso a determinati diritti e/o servizi, da un lato, e qualità dell'impiego, dall'altro. È intuitivo che un elevato grado di fruibilità delle misure a sostegno della maternità e della paternità – si pensi, ad esempio, agli asili nido – ha ripercussioni positive sulla qualità non solo del lavoro, ma anche della vita<sup>817</sup>. Al contrario, solleva molti dubbi il terzo indicatore: esso può avere, tutt'al più, qualche utilità ai fini statistici per quantificare il numero di persone coinvolte nei processi di flessibilizzazione dell'organizzazione di lavoro; tuttavia, non è d'alcun aiuto nella comprensione dei profili qualitativi del lavoro prestato. In sé considerata, la flessibilità dell'orario di lavoro è neutra: infatti, data un'organizzazione del lavoro flessibile, il vero problema è capire se la flessibilità sia stata scelta o subita<sup>818</sup>. Il caso del *part-time* è emblematico. Se correttamente gestito dalle parti, tale istituto offre notevoli opportunità sia all'impresa, che può flessibilizzare la propria organizzazione in funzione dei processi produttivi da svolgere, sia ai lavoratori, ai quali viene dato uno strumento utile ai fini del bilanciamento tra tempi di vita e tempi di lavoro: «chiamata in causa è quindi la tradizionale funzione programmatica del contratto individuale, che garantisce gli interessi del lavoratore a prestare la propria attività in un quadro razionale di certezza circa gli elementi essenziali del proprio debito orario»<sup>819</sup>. Tuttavia, all'interno del *part-time* operano meccanismi che possono portare ad un'applicazione distorta degli strumenti di flessibilità o, comunque, sbilanciata a favore dell'impresa, determinando un abbassamento del livello qualitativo del lavoro. Si pensi alla «clausola flessibile», vale a dire il patto con cui le parti attribui-

<sup>816</sup> Commissione 2001b, 15

<sup>817</sup> Cfr., ad esempio, l'Allegato 1 alla Relazione comune per il 2003/2004, ove compaiono i seguenti indicatori: impatto della nascita di un figlio sull'occupazione (maschile e femminile); copertura asili nido 0-3 anni d'età; copertura asili nido 3 anni – obbligo scolastico.

<sup>818</sup> Perulli 2002 e Sciarra 2005, 10.

<sup>819</sup> Perulli 2002, 382.



scono al datore di lavoro il potere di variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione dovuta dal lavoratore<sup>820</sup>. Molto opportunamente, nella sua versione originaria, la legge italiana prevedeva che il lavoratore, a certe condizioni, potesse denunciare il patto (c.d. «diritto di ripensamento»), riappropriandosi del proprio tempo di vita qualora l'esecuzione della prestazione secondo modalità orarie troppo flessibili fosse divenuta incompatibile con la protezione di interessi ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela (l'esigenza di sottoporsi a cure mediche, l'esigenza di accudire familiari bisognosi di particolari attenzioni e così via)<sup>821</sup>. Così configurato, il ricorso al patto di elasticità, pur vantaggioso per l'impresa, non andava a detrimento della qualità dell'impiego. Le cose sono cambiate a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003, il quale non si è limitato ad introdurre la possibilità per il datore di lavoro, mediante la stipulazione di «clausole elastiche», di variare in aumento il *quantum* della prestazione, ma ha espunto dalla disciplina dell'istituto il c.d. «diritto di ripensamento». La cosa grave, in questo caso, non è tanto il fatto che si sia iniettata nel *part-time* una dose ulteriore di flessibilità (a certe condizioni, non vedo alcunché di male in questo); il problema è che è stato rimosso un importante contrappeso all'esercizio del potere direttivo del datore, con evidenti ricadute negative in termini di qualità del lavoro<sup>822</sup>. L'esempio appena fatto, allora, mostra come sia del tutto inutile, per misurare la qualità, conoscere la «percentuale di lavoratori soggetti a condizioni di orario flessibile». Si tratta di un caso tipico in cui il *benchmarking* delle politiche del lavoro, se non supportato da indicatori affidabili, può dare risultati fuorvianti<sup>823</sup>.

Per concludere, il tema della flessibilità nella sicurezza (la c.d. «*flexicurity*»)<sup>824</sup>, rispetto alla quale la Commissione si propone di «incoraggiare un atteggiamento positivo nei confronti del cambiamento sul posto di lavoro e in genere sul mercato del lavoro, garantendo ai lavoratori che perdono il loro impiego o cercano un'alternativa a questo, un sostegno adeguato», nonché «promuovere il pieno sfruttamento delle capacità e della flessibilità nelle decisioni riguardanti la carriera, grazie al vantaggio della mobilità professionale e geografica»<sup>825</sup>. Sulla scorta di una siffatta idea di *flexicurity*, la Commissione ha proposto alcuni indicatori; la prima impressione, tuttavia, è che anche questi, per come sono formulati, siano di scarsa utilità:

- «percentuale dei lavoratori soggetti a condizioni di lavoro flessibile». Tale indicatore è estremamente utile per quantificare il fenomeno del lavoro atipico, ma dice poco o nulla sulle condizioni in cui versano i soggetti che lo svolgono. Al più, da percentuali elevate si può desumere un gene-

<sup>820</sup> Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 61/2001 come modificato dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>821</sup> Il c.d. «diritto di ripensamento» poteva essere esercitato dopo che fossero trascorsi almeno 5 mesi dalla stipulazione del patto, previo preavviso di almeno un mese, qualora ricorressero determinate condizioni: a) esigenze di carattere familiare; b) esigenze di tutela della salute certificate dal competente Servizio sanitario pubblico; c) necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma; d) altre ipotesi stabilite dai contratti collettivi.

<sup>822</sup> Critica sulla scelta operata dal legislatore delegato è Alessi 2004, 51. Sul punto cfr. anche Brollo 2004, 154-155.

<sup>823</sup> Va precisato che il discorso appena svolto mira esclusivamente a dimostrare la sostanziale inutilità, ai fini di un corretto esercizio di *benchmarking*, di un indicatore formulato in modo così generico («percentuale dei lavoratori soggetti a condizioni di orario flessibile»). Altro problema è stabilire se la genericità delle *guidelines* in tema di adattabilità giustificano «tutto ed il contrario di tutto», come provocatoriamente si chiede Bruno Caruso (cfr. Caruso 2003, 9 ss.): la risposta è, ovviamente, negativa.

<sup>824</sup> Sul concetto di «*flexicurity*» v. Zappalà 2003.

<sup>825</sup> Commissione 2001b, 13-14.

rale aumento della precarietà e, dunque, un peggioramento della situazione generale del mercato del lavoro; questo, però, solo assumendo come ipotesi di partenza che il modello ideale del lavoro di qualità sia quello *standard* (ossia, *full-time* a tempo indeterminato), come sembra implicitamente ritenere la direttiva sul lavoro a termine quando afferma che il lavoro a tempo indeterminato è la «forma comune dei rapporti di lavoro»<sup>826</sup>. L'indicatore in esame sarebbe ancora più interessante se fosse accompagnato da altri indicatori più idonei a descrivere la situazione del lavoro atipico *sub specie qualitatis*: ad esempio, nel caso del lavoro a termine (ma lo stesso discorso potrebbe fare per il lavoro interinale), si potrebbe cercare di quantificare il fenomeno della successione dei contratti e della loro durata; oppure, si dovrebbe cercare di misurare la durata del «purgatorio» della precarietà prima di accedere ad un'occupazione stabile (e, spesso, si tratta di anni);

▪ «perdita del posto di lavoro: percentuale dei lavoratori che a causa di un licenziamento si ritrovano senza lavoro e percentuale di coloro che entro un certo lasso di tempo vengono riassunti». Tra gli indicatori utilizzati, quello che più si avvicina alla proposta della Commissione è l'indicatore che misura il c.d. «nuovo avvio», definito come la «percentuale di disoccupati giovani/adulti che diventano disoccupati nel mese X, sono ancora disoccupati nel mese X+6/12 e cui non è stato offerto un nuovo avvio sotto forma di formazione, riqualificazione, esperienza di lavoro, un lavoro o un'altra misura di occupabilità»<sup>827</sup>. Questo indicatore, tuttavia, sembra pensato soprattutto per misurare l'impatto sul mercato del lavoro di alcune situazioni patologiche, quale può essere, ad esempio, l'espulsione del lavoratore dall'azienda a seguito di una procedura di mobilità, con la conseguente difficoltà di reinserimento. Sembrano invece sfuggire alla sua capacità definitoria le ipotesi fisiologiche, tutt'altro che infrequenti nell'area del lavoro atipico, in cui la frammentazione e lo spezzettamento delle carriere sono determinate dalla natura stessa delle forme negoziali impiegate (contratti a termine, contratti per prestazioni di lavoro temporaneo, contratti di collaborazione, *job on call*). Ai problemi di incompletezza definitoria, poi, si aggiunge il problema dell'incompletezza dei dati, i quali, allo stato, risultano del tutto insufficienti<sup>828</sup>;

▪ «percentuale di lavoratori che praticano la mobilità geografica». Il terzo indicatore, infine, è formulato in modo un po' troppo generico, poiché, nel misurare la quantità complessiva di lavoratori soggetti a mobilità geografica, non è in grado di dar conto delle ragioni che producono il fenomeno. Altro è spostarsi nell'ambito di un progetto di accrescimento della propria professionalità, come spesso accade ai lavoratori caratterizzati da profili professionali elevati; altro è essere costretti alla mobilità da crisi economiche geograficamente localizzate, poiché, in questa seconda ipotesi, non sempre il cambiamento è per il meglio in termini di qualità dell'impiego.

Non hanno finora trovato molto spazio, invece, altri indicatori che potrebbero aiutare a dare un'immagine meno sfocata dell'universo del lavoro atipico. Penso, ad esempio, ad indicatori che misurino la copertura garantita dagli ammortizzatori sociali, oppure il livello di copertura previdenziale, con particolare riferimento ai profili della contribuzione. Anche dalla presenza di misure di sicurezza sociale, infatti, si possono ricavare importanti informazioni sullo *standard* qualitativo del lavoro.

<sup>826</sup> Cfr. il sesto *considerando* dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 99/70/CE.

<sup>827</sup> Consiglio e Commissione 2004, Allegato 1, 98.

<sup>828</sup> *Ibidem*.

La riflessione sulla capacità degli strumenti del MAC, in particolare del *benchmarking*, di adattarsi allo studio delle dinamiche della politica sociale è stato qui finora solamente abbozzata. Eppure, questo primo esame mostra con sufficientemente chiarezza che l'entusiasmo sorto attorno al *benchmarking* andrebbe quanto meno un po' smorzato. Infatti, se è vero che esso offre notevoli opportunità, è altrettanto vero che deve essere maneggiato con estrema cautela, se non si vuole correre il rischio di trovarsi con un'arma spuntata o, peggio, con uno strumento cognitivo ingannevole. Gli esempi riportati nel presente paragrafo mostrano chiaramente che altro è valutare la *performance* di un'azienda che compete su un dato mercato – cosa che può essere fatta abbastanza agevolmente con l'utilizzo di indicatori di tipo economico e quantitativo – altro è misurare l'impatto e, in definitiva, la bontà, delle politiche sociali sviluppate da Paesi appartenenti ad un'area politica ed economica complessa quanto l'Unione europea, nella quale si confrontano tradizioni giuridiche e modelli di *welfare* in qualche caso piuttosto diversi fra loro<sup>829</sup>.

### 5. I Piani Nazionali di Azione per l'Occupazione (PNA).

La redazione del *Piano Nazionale d'Azione per l'Occupazione* segna il passaggio della SEO dal momento della programmazione delle politiche a quello della loro attuazione. Il PNA può essere definito come «il documento programmatico in cui gli Stati dell'Unione Europea danno conto dell'attuazione delle politiche del lavoro effettuate nell'anno precedente, dei progressi realizzati, delle risorse, anche comunitarie, impegnate, ed espongono gli interventi per il triennio successivo»<sup>830</sup>. Il PNA deve essere redatto in coerenza con gli *Orientamenti* emanati dal Consiglio e, di conseguenza, ne segue i cicli triennali di elaborazione, salvo il fatto che, negli anni intermedi, possono essere apportate le modifiche ritenute necessarie. Il PNA è saldamente incardinato nel processo di *benchmarking* delle politiche per l'occupazione, nell'ambito del quale svolge due importanti funzioni.

In primo luogo, esso ha il compito di rappresentare, come in una fotografia, lo «stato dell'arte» della situazione occupazionale di uno Stato membro, considerata in un dato momento storico. Inteso in questa accezione «statica», il PNA si atteggia a strumento di monitoraggio delle politiche messe in atto dal singolo Stato membro e costituisce il necessario termine di paragone per valutare la loro conformità alle *guidelines* comunitarie. Allo stesso tempo, nel riassumere i dati relativi alla *performance* dello Stato che lo produce, consente la comparazione dei risultati raggiunti con quelli degli altri Paesi coinvolti nel processo. Anche il PNA, quindi, come le linee guida cui è chiamato a dare attuazione, deve essere formulato facendo ricorso ad obiettivi e indicatori: condizione necessaria perché si riveli uno strumento utile è che sia dotato di una certa omogeneità strutturale sia rispetto agli *Orientamenti* sia, ai fini della comparazione, rispetto ai PNA degli altri Paesi.

Nella sua dimensione «dinamica», invece, il PNA diviene prevalentemente strumento di orientamento programmatico delle politiche occupazionali nazionali: in questo senso, dall'esame PNA è possibile capire non solo cosa un governo ha fatto nell'anno precedente, ma anche cosa intenda

<sup>829</sup> Anzi, proprio l'incertezza generata dall'impossibilità di individuare un modello trainante, che potesse fungere da paradigma principale per la lotta alla disoccupazione, è stata uno dei fattori decisivi per la scelta di introdurre un metodo flessibile, in grado di consentire l'individuazione delle soluzioni dimostrate più efficaci, salva la possibilità, in virtù del principio del «*trial-and-error*», di correggere successivamente il tiro, approssimandosi gradatamente alla soluzione più adeguata al contesto cui deve applicarsi. Cfr. Barbera 2000a, 156.

<sup>830</sup> PNA 2003, Introduzione.

fare nel futuro. Inoltre, esso costituisce uno degli strumenti attraverso cui il governo centrale può coordinare le politiche del lavoro regionali, fissando obiettivi e indicatori che, successivamente, potranno essere utilizzati per avviare un processo di *benchmarking* rivolto alla dimensione locale (quest'ultimo, infatti, non dovrebbe essere confinato alla dimensione nazionale, ma dovrebbe essere anch'esso *multi-level*, nel pieno rispetto dello spirito del MAC).

Di ambedue questi profili il Consiglio tiene conto allorché si tratti di emanare le raccomandazioni, destinate agli Stati membri, volte a correggere le politiche occupazionali laddove si siano dimostrate inefficaci o incoerenti rispetto agli obiettivi fissati.

Il Titolo VIII del Trattato Ce, nel descrivere i passaggi fondamentali della Strategia di Lussemburgo, ci consegna un modello fortemente connotato dal coordinamento «dall'alto» e, in effetti, fino ad oggi il MAC è stato messo in pratica in modo tale da privilegiare il dialogo tra istituzioni di diverso livello rispetto al dialogo tra istituzioni e società civile. Accogliere un'interpretazione del MAC fondata prevalentemente su un approccio «*top-down*», tuttavia, significherebbe precludersi la possibilità di sfruttare appieno le potenzialità connaturate al metodo, il quale si definisce «aperto» anche perché chiama in causa, oltre ai soggetti istituzionali, anche pezzi di società civile quali, ad esempio, le parti sociali<sup>831</sup>. Da un lato, l'apertura al contributo del maggior numero di soggetti possibile favorisce (e arricchisce) quel processo di apprendimento che fa del MAC uno strumento non solo regolativo, ma anche cognitivo<sup>832</sup>. Dall'altro lato, il coinvolgimento delle organizzazioni che dalla società civile traggono linfa aiuta a compensare il *deficit* democratico sovente imputato all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, riversando contenuti politici in un meccanismo che, per la sua natura procedurale<sup>833</sup>, necessita di essere integrato sotto il profilo valoriale. Coinvolgere le parti sociali nel processo di *benchmarking*, allora, significa introiettare in esso sostanza politica, ossia definire con maggiore compiutezza quali obiettivi perseguire e quali bisogni soddisfare, tenendo conto delle sollecitazioni provenienti dai rappresentanti degli interessi dei destinatari delle politiche che nell'ambito del MAC prendono forma. Senonché, in relazione al questo secondo aspetto, le prime esperienze di applicazione del coordinamento aperto hanno parzialmente deluso le aspettative, essendosi fino ad oggi registrato un basso livello di coinvolgimento delle parti sociali<sup>834</sup>.

Sebbene il terreno elettivo per il confronto con le parti sociali sia costituito dal livello nazionale, una blanda forma di partecipazione delle organizzazioni di categoria (associazioni datoriali e sindacati) è ipotizzabile anche nella fase di redazione degli *Orientamenti*. L'art. 128.2 Ce dispone che il Consiglio, prima di emanare le *guidelines*, debba sentire il Comitato per l'occupazione istituito a norma dell'art. 130 Ce, il quale, nell'esercizio delle sue funzioni, «consulta le parti sociali»<sup>835</sup>. Si tratta, però, di una forma solo indiretta – e non necessaria – di coinvolgimento: nel caso di specie,

<sup>831</sup> Guarriello 2004, 353; Smismans 2004, 4.

<sup>832</sup> Sulla duplicità di natura del MAC, normativa e cognitiva, Vanderbroucke 2002.

<sup>833</sup> Cfr. Ashiagbor 2004 e Sciarra 2005, 13.

<sup>834</sup> Circa l'esigenza di rafforzare la partecipazione delle parti sociali, cfr. Commissione 2002a, 22. Per un commento, v. Guarriello 2004, 361 e Smismans 2004, 6.

<sup>835</sup> Cfr. art. 130 Ce. Si tratta di un comitato di carattere consultivo, istituito «al fine di promuovere il coordinamento tra gli Stati membri per quanto riguarda le politiche in materia di occupazione e di mercato del lavoro». Esso si compone di due membri nominati dalla Commissione e da due membri nominati da ciascuno Stato membro.

non è ravvisabile un obbligo di consultazione delle parti sociali come quello previsto dall'art. 138 Ce (obbligo che sussisterebbe solo in presenza di iniziative «legislative» in campo sociale e non nell'ipotesi di iniziative *tout-court*)<sup>836</sup>. La dottrina che più si è occupata di «*social benchmarking*» insiste molto sulla necessità che indicatori, obiettivi e procedure non siano il frutto di un'imposizione proveniente dall'alto o dall'esterno, ma siano oggetto di un dibattito più aperto al contributo dei diversi attori sociali. Tuttavia, per stessa ammissione di questi autori, è tuttora poco chiaro come ciò possa avvenire e quali forme istituzionali tale processo debba, in concreto, assumere<sup>837</sup>.

Quanto al momento dell'attuazione delle politiche ad opera degli Stati membri e al grado di coinvolgimento delle parti sociali in questa particolare fase del processo, è opinione diffusa che tale coinvolgimento sia stato largamente insufficiente, essendo la redazione dei PNA affidata a funzionari ministeriali, senza che i rappresentanti delle parti sociali siano stati messi nelle condizioni di dare un significativo contributo<sup>838</sup>. Muovendo da questa constatazione, va senz'altro rivolta una critica al modo in cui sino ad ora gli Stati membri hanno inteso dare applicazione al MAC. Se è vero che uno dei principali problemi cui il MAC deve dare risposta è quello della legittimazione democratica dell'azione comunitaria nel campo della politica sociale, ne segue che il ruolo delle parti sociali debba essere preso sul serio. In altre parole, se l'orizzonte entro cui ci si muove è quello della rivitalizzazione dei processi di partecipazione democratica alla *governance* europea, e se non si vuole ridurre il problema semplicemente alla redistribuzione del potere tra il livello nazionale e quello sovranazionale, allora non ha molto senso pretendere di ridimensionare i «tecnocrati di Bruxelles» affidandosi ai «tecnocrati di Roma» (o di Parigi, o di Berlino, ecc.).

Le ragioni che, in relazione a questo aspetto, hanno determinato l'applicazione incompleta del metodo sono di due tipi. In primo luogo, le norme di cui si compone il Titolo VIII, nella loro formulazione letterale, pongono l'accento soprattutto sui rapporti e sulle dinamiche tra istituzioni (comunitarie e nazionali), piuttosto che sulle forme di inclusione delle parti sociali nel processo di fissazione degli obiettivi e di elaborazione delle politiche. Le modalità di coinvolgimento delle parti sociali sono fatte rientrare in quello spazio «aperto» nel quale gli Stati membri si muovono alla ricerca degli strumenti di attuazione più idonei. Se così è, però, la qualità della partecipazione degli attori sociali al *policy-making* finisce per essere fortemente condizionata dalle vicende del dialogo sociale nei singoli Stati membri. Laddove, come in Italia, il dialogo sociale – qui inteso in un'accezione molto ampia, comprensiva delle esperienze concertative – versa da qualche tempo in una situazione di sofferenza<sup>839</sup>, è inevitabile che il coinvolgimento delle organizzazioni collettive nell'attuazione a livello nazionale della SEO ne risenta in modo negativo<sup>840</sup>.

A queste disfunzioni si dovrà cercare di porre rimedio attraverso il potenziamento dei canali di

<sup>836</sup> Smismans 2004, 6, nota 22.

<sup>837</sup> de la Porte, Pochet, Room 2001, 19 e 22.

<sup>838</sup> Per un'accurata ricostruzione dei passaggi istituzionali che portano alla redazione del PNA in Italia, cfr. Ferrera, Sacchi 2004. Più in generale, sulla questione del coinvolgimento delle parti sociali nel MAC, si vedano gli scritti di Guarriello 2004 e Smismans 2004, nonché i giudizi espressi da Radaelli 2004.

<sup>839</sup> Sulle difficoltà incontrate negli ultimi anni nel nostro paese dal dialogo sociale cfr. Veneziani 2004, 308, il quale osserva che «la filosofia che percorre i due documenti governativi [ossia: il Libro Bianco sul mercato del lavoro e il Libro Bianco sul *Welfare*], pur nell'apparente richiamo alla dimensione europea, sembra in controtendenza rispetto alla cultura della partecipazione e della *governance* che circola nei documenti di Bruxelles».

<sup>840</sup> Radaelli 2004, 20.

partecipazione, in modo che il coinvolgimento delle parti sociali si traduca in un contributo effettivo (dunque utile) e non in una consultazione puramente formale.

#### 6. L'individuazione delle «best practices» e la loro circolazione: la «peer-review» come veicolo di policy transfer.

Con la c.d. «peer-review», traducibile con l'espressione «valutazione *inter pares*», l'esercizio di *benchmarking*, sul quale il MAC fonda la propria efficacia, entra nel vivo. La valutazione ha luogo in apposite sessioni, durante le quali gli Stati membri mettono a confronto i risultati raggiunti nella lotta alla disoccupazione, rapportandosi ad un parametro di riferimento risultante dalla media dei tre Stati più virtuosi calcolata con riferimento all'indicatore di volta in volta preso in considerazione: ciò consente di individuare le politiche più virtuose e di misurare il divario che separa i *best performers* dagli Stati *followers*.

Lo strumento analitico più spesso utilizzato è quello dei c.d. «diagrammi a radar», nei quali i risultati conseguiti da ciascuno Stato membro, dato un *set* di indicatori, sono misurati inserendo i corrispondenti valori in un sistema di assi cartesiani. Si ottengono così figure geometriche che permettono, attraverso la misurazione della loro superficie, di calcolare il valore della *performance* complessiva e del *performance gap* rispetto al parametro prescelto (ad esempio, un certo valore del tasso di disoccupazione). L'utilità di tale strumento risiede soprattutto nel fatto che, attraverso la sua applicazione, è possibile ricavare la visione sinottica di una serie di dati relativi al parametro di riferimento, ai risultati conseguiti in un anno «T» e a quella verificatasi in un anno «T+1»: il diagramma così ottenuto offre una rappresentazione sintetica dell'evoluzione delle politiche, e del loro impatto, in una dimensione diacronica. Inoltre, possono essere oggetto di comparazione non solo i valori della *performance* conseguita da un singolo Stato membro nel tempo, ma anche, attraverso la sovrapposizione di più diagrammi, i risultati di più Stati membri fissati in un dato momento storico<sup>841</sup>.

Quando si parla di *peer-review*, si evocano due distinte forme di valutazione<sup>842</sup>.

Elementi di *peer-review* sono certamente presenti nelle procedure di esame dei PNA trasmessi ogni anno dagli Stati membri al Consiglio e alla Commissione. Presso gli uffici della Commissione, a Bruxelles, ogni anno si tiene una sessione, della durata di due giorni, durante la quale ciascuno Stato membro espone il proprio piano nazionale, sottoponendosi ai quesiti dei rappresentanti degli altri partecipanti. A tal fine, sono preventivamente scelti i rappresentanti di due Stati membri, i quali hanno il compito di rivolgere domande e richiedere i chiarimenti del caso. Un esame più rigoroso e approfondito dei PNA avviene in sessioni bilaterali, cui partecipano funzionari della Commissione e i rappresentanti dello Stato membro che ha redatto il piano oggetto d'analisi. Questi momenti di approfondimento sono indispensabili per poter mettere meglio a fuoco la situazione di ciascun mercato del lavoro nazionale ai fini dell'individuazione delle *best practices*, della stesura della *Relazione comune* e della formulazione delle successive (eventuali) raccomandazioni.

<sup>841</sup> Sui c.d. «diagrammi a radar», si vedano Mosley, Mayer 1999 e Tronti 1998. Per un'applicazione pratica di questo strumento analitico, cfr. Consiglio e Commissione 2001, 41 ss.

<sup>842</sup> Per la ricostruzione dei passaggi nei quali si articolano le due forme di *peer-review* in oggetto, si è fatto riferimento principalmente a Casey, Gold 2005 e a Jacobsson 2002.

Vi è poi una seconda forma di *peer-review*, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 129 Ce, a norma del quale il Consiglio «può adottare misure di incentivazione dirette a promuovere la cooperazione tra Stati membri e a sostenere i loro interventi nel settore dell'occupazione, mediante iniziative volte a sviluppare gli scambi di informazioni e delle migliori prassi, a fornire analisi comparative e indicazioni, nonché a promuovere approcci innovativi a valutare le esperienze realizzate, in particolare mediante il ricorso a progetti pilota» (il corsivo è mio). Ciascuno Stato membro può ospitare una *review*, sottoponendo un proprio programma al giudizio di altri Stati, ovvero partecipare, in qualità di valutatore, alla *review* organizzata da un altro Paese della Comunità. Ad esempio, l'Italia ha ospitato due *reviews*, in occasione delle quali ha offerto alla valutazione di altri paesi due programmi<sup>843</sup>: l'uno riguardante il tema «*Measures to promote the self-employment of unemployed persons*»<sup>844</sup>; l'altro riguardante il tema «*Reduction of administrative burdens for enterprises: the one stop shop experience in Italy*»<sup>845</sup>. Alle operazioni prendono parte, oltre ai rappresentanti del paese ospitante (normalmente un funzionario del Ministero del lavoro e un esperto indipendente), anche esponenti della Commissione. Alla fine della *review*, la quale di protrae per due giorni ed è condotta interamente in inglese, viene redatto un rapporto.

Conformemente alla spirito cooperativo del *benchmarking* di cui il MAC si serve, scopo della *peer-review* è l'apprendimento: la condivisione delle esperienze favorisce la circolazione e la diffusione di un patrimonio di strumenti e di conoscenze, cui gli Stati membri possono attingere allorché si tratti di scegliere quali misure adottare per migliorare la propria *performance*. È l'apprendimento, dunque, a costituire, nella prospettiva di Lisbona, l'essenza più profonda del MAC. La conseguenza di questa impostazione è che l'accento posto sul *learning* finisce col qualificare in termini cognitivi, più che regolativi, il *policy transfer* che si viene a determinare, sicché l'eventuale convergenza normativa è da considerarsi, più che altro, un effetto collaterale del coordinamento aperto<sup>846</sup>. In proposito, può essere utile richiamare il modello elaborato da Dolowitz e Marsh, i quali concepiscono il *policy transfer* come un *continuum* lungo il quale si collocano una varietà di tecniche regolative, da quelle più cogenti a quelle più marcatamente volontaristiche<sup>847</sup>: ad un estremo si colloca il *policy transfer* c.d. «coercitivo», che si sostanzia nell'imposizione diretta di norme e di obblighi, mentre all'estremo opposto troviamo l'apprendimento frutto di una scelta libera e perfettamente razionale dei soggetti (c.d. «*lesson-drawing*»). Tra i due poli opposti troviamo una serie di figure intermedie, cui sia il MCC che il MAC possono essere ricondotti. Il MCC è solitamente riportato alla categoria dell'«*obliged transfer*», ossia quella forma di diffusione delle politiche, prossima al *policy transfer* coercitivo, in forza della quale i governi nazionali sono spinti ad adottare programmi e misure in adempimento degli obblighi che discendono dall'adesione al

<sup>843</sup> I risultati delle varie *peer-reviews* effettuate sono disponibili sul sito internet <<http://peerreview-employment.org>>.

<sup>844</sup> Questa *review*, svoltasi a Bruxelles nei giorni 23-24 novembre 1999, ha visto la partecipazione, oltre che dell'Italia, anche della Germania, del Belgio e del Regno Unito, nonché, in veste di osservatori, della Bulgaria e della Norvegia.

<sup>845</sup> La seconda *review*, ospitata a Roma nei giorni 16-17 novembre 2000, ha visto la partecipazione di Austria, Grecia, Germania, Svezia, Finlandia e Lussemburgo.

<sup>846</sup> Biagi 2000.

<sup>847</sup> Dolowitz, Marsh 2000, 13 ss.



Trattato: l'esempio classico è quello del *policy transfer* innescato dall'attività della Corte di giustizia ogni qual volta questa condanni gli Stati membri a conformarsi al diritto comunitario<sup>848</sup>. Il MAC, invece, per la sua natura essenzialmente volontaristica, si orienterebbe decisamente in direzione del *lesson-drawing*<sup>849</sup>, sebbene la sua posizione lungo il *continuum* non sempre sia semplice da individuare con precisione (d'altro canto, per definizione i modelli forniscono indicazioni di massima e non hanno la pretesa comprendere qualsiasi aspetto della realtà). Il difficile inquadramento del MAC nelle categorie del *policy transfer* dipende anche dal fatto che non è ancora stato risolto in modo definitivo il problema della vincolatività degli atti (linee guida, raccomandazioni) prodotti nell'ambito del processo. La letteratura politologia ne continua a rimarcare il carattere *non binding*, sostenendo che gli effetti di indirizzo rispetto alle politiche degli Stati membri sarebbero il risultato o della piena e convinta adesione dei medesimi ai contenuti delle linee guida ovvero della pressione politica (c.d. «*peer pressure*») esercitata nei confronti degli inadempienti: il timore di essere destinatari di censure da parte degli altri Stati membri e di formali raccomandazioni del Consiglio dovrebbe costituire un deterrente sufficiente. Il disagio che assalirebbe la classe politica di un Paese destinatario di siffatte critiche è evocato perfettamente dall'espressione inglese con cui si definisce la pratica, tipica dei processi di *peer-review*, di esporre l'inadempiente alla pubblica gogna delle raccomandazioni del Consiglio: «*naming and shaming*».

Nondimeno, soprattutto fra i giuristi, si sta facendo strada l'idea che gli strumenti di *soft law*, oltre a generare conseguenze sul piano politico, siano produttivi di importanti effetti anche sul piano giuridico<sup>850</sup> e che, quindi, la Corte di giustizia possa in qualche modo tenerne conto nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale: l'argomento forte portato avanti, infatti, è che «nella misura in cui, all'interno dell'OMC [leggi: MAC], una decisione normativa si forma, tale decisione, in virtù dell'applicazione del principio di legalità, è sottoposta ai limiti di legittimazione formale e sostanziale previsti dall'ordinamento giuridico comunitario. Il controllo sul rispetto di tali limiti è prerogativa dei giudici»<sup>851</sup>.

È chiaro che, a seconda della risposta che si dà al problema della giustiziabilità e della vincolatività degli atti comunitari emanati nell'ambito del MAC, variano gli effetti di *policy transfer* che possono venirsi a determinare. Infatti, riconoscere agli organi giurisdizionali il potere di esercitare un controllo di legittimità sugli orientamenti, sulle raccomandazioni e, a valle, anche sulle misure di attuazione predisposte a livello nazionale significa, adottando il modello descrittivo elaborato da Dolowitz e Marsh, avvicinare il MAC al paradigma dell'*obliged transfer*, sfumandone i connotati volontaristici che comunemente gli sono riconosciuti. A tale proposito, rilevano due distinti profili.

<sup>848</sup> Dolowitz, Marsh 2000, 15 ss.

<sup>849</sup> Radaelli 2003, 43.

<sup>850</sup> In taluni casi, la dottrina, in relazione al *soft law*, giunge anche ad evocare la categoria giuridica della «fonte», seppure di natura atipica. Cfr. Pastore 2003. Per una sintetica ricostruzione delle definizioni dottrinarie del *soft law* nel diritto comunitario, cfr. Poggi 2005.

<sup>851</sup> Barbera 2005, 354. Questo punto di vista è condiviso da Caruso 2005, 11, il quale osserva che a dare «un connotato di specificità al *soft law* comunitario è che esso, al contrario del *soft law* internazionale, è sottoposto in qualche misura ad un controllo di legalità esercitato dalla Corte di giustizia».



Innanzitutto, occorre chiedersi se gli atti comunitari riferibili al MAC siano soggetti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia. Per quanto attiene agli orientamenti in materia di occupazione, si deve osservare che essi sono adottati per mezzo di una «decisione» del Consiglio, ossia con un atto tipico, formalmente vincolante, riconducibile all'insieme di atti contro i quali è consentito esperire sia il ricorso di legittimità ex art. 230 Ce che il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Ce<sup>852</sup>. La soluzione qui accolta non è unanimemente condivisa, ma le argomentazioni volte a dimostrare il contrario non mi paiono del tutto convincenti. Alcuni, ad esempio, negano la giustiziabilità delle linee guida, sul presupposto che queste appartengano alla categoria delle misure sprovviste di forza vincolante<sup>853</sup>. Questa affermazione, tuttavia, seppure coerente con la ricostruzione teorica del MAC propugnata dalla dottrina politologica dominante, si pone su un piano troppo astratto e non tiene conto delle concrete modalità di funzionamento del coordinamento attuato in seno alla SEO, nella quale gli orientamenti sono adottati, come si è detto, con decisione del Consiglio. Si potrebbe prospettare, allora, l'impugnazione della decisione che adotta gli orientamenti in materia di occupazione qualora non fossero rispettate le procedure previste dal Trattato (es. per l'omessa consultazione del Comitato per l'occupazione) oppure qualora essi, nel loro contenuto, si ponessero in contrasto con il rispetto dei diritti sociali fondamentali di cui alla Carta di Nizza<sup>854</sup>. Per quanto riguarda le raccomandazioni, invece, il discorso è diverso, poiché l'art. 230 Ce, infatti le esclude (assieme ai pareri) dal proprio campo di applicazione. È invece ammissibile, data la diversa formulazione del testo normativo, l'esperimento di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 Ce<sup>855</sup>, come peraltro affermato dalla giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia<sup>856</sup>.

Inoltre, anche rispetto alla legislazione nazionale di attuazione è ipotizzabile un controllo giudiziale, seppure meno intenso. Ancora una volta, è la sentenza *Grimaldi* a fornire lo spunto, laddove afferma che i giudici nazionali, ai fini della soluzione delle controversie, sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni – e, *a fortiori*, gli orientamenti<sup>857</sup> – «in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»<sup>858</sup>. Le raccomandazioni, sebbene sprovviste della forza che appartiene agli atti di natura vincolante e inadeguate a giustificare l'irrogazione di sanzioni, non per questo sono prive di effetti giuridici: esse orientano l'attività interpretativa del giudice nazionale, facendo sì che le misure per l'occupazione adottate a livello nazionale si conformino a criteri di razionalità giuridica oltre che di opportunità politica.

<sup>852</sup> Strazzari 2006.

<sup>853</sup> Smismans 2005, 7 ss.

<sup>854</sup> Sciarra 2003a, 17; Strazzari 2006.

<sup>855</sup> Strazzari 2006.

<sup>856</sup> Cfr. Cgce 13.12.1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, in Racc. 1089, p. 4407 ss., la cui massima così recita: «diversamente dall'art. 173 del Trattato Cee [ora art. 230 Ce], che esclude il sindacato della Corte sugli atti aventi natura di raccomandazione, l'art. 177 [ora art. 234 Ce] attribuisce alla Corte la competenza a statuire, in via pregiudiziale, sulla validità e l'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità, senza alcuna eccezione. La Corte è perciò competente a pronunciarsi sull'interpretazione di raccomandazioni adottate in forza del Trattato».

<sup>857</sup> Strazzari 2006.

<sup>858</sup> Cfr. Cgce 13.12.1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, cit., § 18.

Il *soft law*, allora, soprattutto nel settore delle politiche comunitarie per l'occupazione (ma il discorso potrebbe assumere una portata più generale), «è più *law* di quanto non sia *soft*», nel senso che «gli atti e strumenti attraverso cui è prodotto spesso vincolano in concreto più di quanto gli strumenti che lo veicolano facciano astrattamente supporre»<sup>859</sup>. Tuttavia, questo non significa che gli organi giurisdizionali, nazionali e comunitari, abbiano il potere sindacare nel merito le misure adottate dal legislatore nazionale. Purché non si renda responsabile di clamorosi inadempimenti – ad esempio, una completa omissione nell'attuazione degli orientamenti, nel qual caso sarebbe percorribile la strada della procedura di infrazione di cui agli artt. 226-228 Ce<sup>860</sup> – e agisca all'interno di una cornice minima di legittimità costituita dal rispetto dei diritti sociali fondamentali, il legislatore nazionale ha un ampio margine di manovra e, in ogni caso, non potrebbe mai vedersi imporre da un giudice l'adozione di una specifica misura.

Di conseguenza, pur nell'ambito dei vincoli giuridici succintamente descritti – finalizzati ad assicurare il rispetto del principio di legalità e dei valori della dignità e della solidarietà sanciti dalla Carta di Nizza – il *policy transfer* continua ad avere natura prevalentemente volontaria. È la logica stessa del MAC a richiedere questo e in ciò risiedono alcune delle più interessanti sfumature semantiche dell'aggettivo «aperto». Il metodo è aperto anche perché l'individuazione delle migliori pratiche, che ha luogo durante la *peer-review*, non vincola gli Stati a farle proprie. Il MAC, attraverso il *mutual learning*, si prefigge la ricerca e l'individuazione delle soluzioni più «appropriate», ossia calibrate rispetto al contesto al quale debbono poi essere applicate: secondo lo spirito del coordinamento aperto, una pratica non è definita «*best*» per il solo fatto di essersi dimostrata altrove particolarmente efficace, giacché questa è condizione necessaria, ma non sufficiente; «*best*», e per ciò trasferibile in ordinamenti diversi da quello originario, è quella pratica che, secondo un giudizio di prognosi *ex ante*, mostri di possedere caratteristiche tali da apportare un miglioramento nell'ordinamento destinatario del trasferimento (salvo il fatto che solo una valutazione *ex post*, basata sul *feedback* ricevuto, potrà dire se il *policy transfer* ha avuto esito positivo o negativo). Il trasferimento, quindi, deve essere condotto con cautela, poiché l'applicazione di soluzioni inappropriate, ancorché altrove dimostratesi vincenti, ad un sostrato inadatto a riceverle rischia di produrre più danni che benefici. Il concetto di *best practice*, allora, non è assoluto, ma relativo<sup>861</sup>. Inseguire acriticamente strategie occupazionali irrealizzabili rischia di generare effetti perversi, descritti dagli studiosi con l'espressione, decisamente evocativa, di «*lemming-effect*» (dal nome di quella specie di roditori che, per seguire il capo branco, periodicamente si suicidano in massa gettandosi in acqua)<sup>862</sup>. A favore di un uso accorto e consapevole del *policy transfer* milita poi un'altra considerazione di carattere più generale. È stato dimostrato che, spesso, le strategie di maggior successo non sono quelle di tipo mimetico, bensì quelle che sfruttano l'originalità e la diversificazione. Il MAC deve condurre alla valorizzazione delle diversità e

<sup>859</sup> Poggi 2005, la quale, tuttavia, riflettendo sulle conseguenze dell'intensificarsi dell'utilizzo del *soft law* nell'ordinamento comunitario, e sul problema della scissione tra la forma dell'atto ed i suoi reali effetti, si domanda: «l'adozione di tali atti, provocando il disorientamento dei destinatari in merito al loro valore, non rischia di minare proprio il valore della certezza del diritto comunitario che dovrebbe costituire il fondamento della loro adozione?».

<sup>860</sup> Strazzari 2006.

<sup>861</sup> Sulla difficoltà di definire le *best practices*, cfr. Arrowsmith, Sisson, Marginson 2004, 320.

<sup>862</sup> Radaelli 2003.

non alla loro omogeneizzazione<sup>863</sup>: la circolazione delle pratiche è sì fondamentale ai fini dell'apprendimento, ma la loro esportazione da un ordinamento «A» ad un ordinamento «B» va incoraggiata e attuata solo se quest'ultimo sia effettivamente in grado di recepirle e, in ogni caso, senza inibire la sua capacità di ricercare soluzioni originali.

## 7. Conclusioni.

Al termine dell'esame degli strumenti attraverso dei quali il MAC opera, è necessario svolgere qualche considerazione conclusiva circa l'efficacia sin qui dimostrata dal metodo. Ho cercato di descriverne le caratteristiche fondamentali, evidenziandone al contempo alcuni punti deboli. Pur con accenti e sfumature differenti, in dottrina è unanimemente riconosciuto che il MAC mostra qualche crepa, dovuta sia a debolezze intrinseche sia ad una difettosa applicazione da parte dei soggetti coinvolti nel processo. Le critiche più rilevanti si sono appuntate precipuamente: a) sullo scarso livello di partecipazione, con la conseguenza che il MAC, ad oggi, non ha ancora sfruttato le opportunità offerte dal *bottom-up learning*<sup>864</sup>; b) sulla asserita assenza di sanzioni e sul basso grado di coercibilità delle norme *soft* prodotte; c) sulla reale idoneità del *benchmarking* ad essere uno strumento efficace di politica sociale, soprattutto in relazione al problema della qualità del lavoro.

Che le potenzialità del metodo siano ancora largamente inesprese, quindi, è un fatto incontestabile. D'altro canto, trattandosi di un metodo empirico, era inevitabile che qualche difficoltà si manifestasse. Piuttosto, ci si deve chiedere se il MAC sia una «tigre di carta»<sup>865</sup>, una sorta di grande illusione, o se, come mi pare preferibile, sia un metodo sì imperfetto, ma comunque in grado di dare dei frutti. La formulazione di un giudizio equilibrato sull'impatto e sulle prospettive future del MAC, infatti, deve tener conto della sua natura sperimentale e del fatto che i processi di convergenza da esso innescati non sono (né potrebbero essere) rapidi.

Con riferimento al problema della bassa qualità del coinvolgimento delle parti sociali, è pacifico che la partecipazione sia stata insufficiente, soprattutto in Paesi come l'Italia<sup>866</sup>. Tuttavia bisognerebbe riflettere sul fatto che i modelli di partecipazione variano da paese a paese, che le condizioni di partenza non sono omogenee e che queste non possono essere modificate nel volgere di un breve lasso di tempo. Non solo il raggiungimento degli obiettivi prefissati, ma anche la messa a punto degli stessi meccanismi di funzionamento del metodo è ispirata al principio di gradualità. Il raggiungimento di una partecipazione ampia e diffusa richiede tempo, soprattutto se questo implica l'acquisizione di una certa familiarità con strumenti del tutto nuovi e sovente estranei alle prassi nazionali. È fuor di dubbio, comunque, che sotto questo aspetto gli sforzi dovranno essere incrementati.

<sup>863</sup> Lundvall, Tomlinson 2002, 208. In dottrina si è anzi fatto notare che si impara più dagli errori che dai successi. Copiare una strategia di successo, infatti, può infatti generare una forma di conoscenza acritica e «superstiziosa» (Radaelli 2004, 10).

<sup>864</sup> Radaelli 2004, 24. Più in generale, sul punto cfr. anche de la Porte, Pochet, Room 2001.

<sup>865</sup> L'espressione è tratta da Trubek D., Trubek L. 2005, 356, i quali, però, si pongono la domanda in modo retorico, giungendo a riconoscere al MAC una serie di potenzialità. Esprimono invece un giudizio complessivamente negativo Chalmers, Lodge 2003.

<sup>866</sup> Per una panoramica che tenga conto del tasso di partecipazione ai processi del MAC nei vari Paesi europei, cfr. de la Porte, Nanz 2003, 16.

Per quanto attiene al problema delle sanzioni e della coercibilità delle norme di *soft law*, ad esso è stata data un'enfasi eccessiva, probabilmente a causa della naturale diffidenza che il giurista tradizionale prova rispetto a norme giuridiche non vincolanti. Si è visto però nel paragrafo precedente che un controllo di legalità è non solo ipotizzabile, ma anche concretamente praticabile<sup>867</sup>. Quindi, va rigettata l'idea che il coordinamento aperto si fondi esclusivamente sulle categorie del «politico». Si deve però ammettere che il MAC, per sua stessa natura, non può tollerare che l'intensità del controllo superi una certa soglia, rappresentata dalla legittimità delle procedure di produzione degli atti e dal rispetto dei diritti fondamentali, sia individuali che collettivi. All'interno di questa griglia, si colloca l'area di discrezionalità degli Stati membri, lo spazio entro i cui confini vanno ricercate (e, se possibile, scambiate) le soluzioni più appropriate: uno spazio destinato alla sperimentazione e al libero confronto tra gli attori. Ipotizzare un sindacato più penetrante da parte degli organismi comunitari, in primo luogo della Corte di giustizia, significherebbe non solo tradire lo spirito del MAC, ma anche vanificarne i benefici, ossia stemperare quelle peculiari caratteristiche di flessibilità che, in determinate circostanze, lo fanno preferire al metodo comunitario classico.

Non resta che fare un'ultima considerazione riguardo alle carenze mostrate dal *benchmarking*. Si è ampiamente dimostrato che non sempre gli indicatori individuati nell'ambito delle politiche sociali e del lavoro sono in grado di cogliere i fenomeni oggetto d'indagine nella loro dimensione qualitativa. Peraltro, è la stessa Commissione a rendersi conto di ciò, quando, a mo' di premessa generale del discorso sulla qualità, la definisce un «concetto relativo e al contempo pluridimensionale»<sup>868</sup>: un modo elegante per dire che la valutazione della qualità tende a sfuggire all'esattezza delle tecniche di analisi basate sulla misurazione di grandezze quantitative, finendo per essere assorbita da considerazioni di natura più squisitamente politica. Ciò non toglie che il *benchmarking* abbia fino ad ora mostrato potenzialità interessanti. La sua parziale inadeguatezza a cogliere i profili più schiettamente qualitativi del lavoro non deve oscurare il fatto che si è innescato un importante processo di analisi e monitoraggio delle politiche, nonché di circolazione della conoscenza. Ad oggi, i risultati più significativi si sono avuti sul piano della creazione di un linguaggio comune e di categorie condivise<sup>869</sup>; più modesto, sebbene non irrilevante, l'impatto del metodo in relazione alla convergenza delle politiche e al conseguimento degli obiettivi di Lisbona<sup>870</sup>. Ciò nonostante, ritengo che il *benchmarking* delle politiche possa costituire una risorsa preziosa, a patto che continui ad essere preso per quello che è: uno strumento utile, certamente perfettibile, da usare con una buona dose di pragmatismo, e non rimedio universale.

## 8. Riferimenti bibliografici.

Aalberts T.E. (2004), *The Future of Sovereignty in Multilevel Governance Europe – A Constructivist Reading*, JCMS, Vol. 42, n. 1, p. 23 ss.

<sup>867</sup> Non va peraltro ignorata, né sottovalutata, l'efficacia della sanzione politica rappresentata dal c.d. *naming and shaming*. Sull'efficacia delle sanzioni politiche, cfr. Barbera 2000 e Biagi 2000.

<sup>868</sup> Commissione 2001b, 7-8.

<sup>869</sup> Un interessante esempio di diffusione di un linguaggio comune è dato dal Libro Bianco pubblicato dal Governo italiano nel 2001. In esso, la lettura della situazione del mercato del lavoro italiano viene svolta attraverso il filtro rappresentato dalle categorie concettuali elaborate in seno alla Strategia di Lussemburgo.

<sup>870</sup> Jacobsson 2002; Radaelli 2003 e 2004.

- Ales E. (2004), *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'Open Method of Co-ordination*, QDLRI, Vol. 27, p. 9 ss.
- Alessi C. (2004), *Part-time e tecniche di incentivazione*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, p. 47 ss.
- Arrowsmith J., Sisson K., Marginson P. (2004), *What can 'benchmarking' offer the open method of co-ordination?*, JEPP, 11:2, p. 311 ss.
- Ashiagbor D. (2004), *Soft Harmonisation: the "Open Method of Coordination" in the European Employment Strategy*, Paper presentato al Seminario di studio *Nuove forme di decisione e nuove forme di regolazione: il metodo del coordinamento aperto nel processo di integrazione europea*, Brescia, facoltà di Giurisprudenza, 9-10 febbraio 2004
- Bano F. (2003), *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, LD, n. 1, p. 49 ss.
- Barbera M. (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, Pro-modis
- Barbera M. (2005), *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, LD, n. 2, p. 349 ss.
- Begg I. (2004), *Is the open method of co-ordination robust enough for an effective European strategy to promote employment?*, Relazione presentata al Convegno *Gouvernance et expertise de l'emploi en Europe*, Parigi, 13-14 dicembre 2004
- Biagi M. (2000), *L'impatto della European Employment Strategy sul ruolo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, RIDL, I, 413 ss.
- Brollo M. (2004), Art. 46. *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in AA.VV. (coordinato da Franco Carinci), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Tomo III, p. 121 ss.
- Camp R.C. (1989), *Benchmarking – The Search for Industry Best Practices that Lead to Superior Performance*, Milwaukee, WI, Quality Press
- Caruso B. (2003), *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 17
- Caruso B. (2005), *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 78
- Casey B.H., Gold M. (2005), *Peer Review of Labour Market Policies in the European Union: what can countries really learn from one another?*, JEPP, n. 1 (forthcoming)
- Chalmers D., Lodge M. (2003), *The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State*, ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation, Discussion Paper n. 11
- Commissione (2001a), *La Governance Europea. Un Libro Bianco*, Bruxelles, 5.8.2001, COM(2001) 428 definitivo
- Commissione (2001b), *Politiche sociali e del mercato del lavoro: una strategia d'investimento nella qualità*, Bruxelles, 20.6.2001, COM (2001) 313 definitivo

Commissione (2002a), *Bilancio di cinque anni della Strategia Europea per l'Occupazione*, Bruxelles, 17.7.2002, COM(2002) 416 definitivo

Commissione (2002b), *Comunicazione della Commissione sulla razionalizzazione dei cicli annuali di coordinamento delle politiche economiche e per l'occupazione*, Bruxelles, 3.9.2002, COM(2002) 487 definitivo

Commissione (2005a), *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della Strategia di Lisbona*, Bruxelles, 2.2.2005, COM(2005) 24

Commissione (2005b), *Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione (2005-2008)* comprendenti una *Raccomandazione della Commissione sugli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità (ai sensi dell'articolo 99 del Trattato CE)* e una *Proposta di decisione del Consiglio sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione (ai sensi dell'articolo 128 del Trattato CE)*, COM (2005) 141 definitivo.

Consiglio (1999), *Council Resolution of 22 February 1999 on the 1999 Employment Guidelines*, GUCE del 12.3.1999, C 69/2

Consiglio europeo (2000), *Conclusioni della Presidenza*, Lisbona, 23-24 marzo 2000

Consiglio (2003), *Decisione del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa a orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione*, GUCE del 5.8.2003, L 197/13

Consiglio (2004), *Decisione del Consiglio del 4 ottobre 2004 relativa a orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione* GUCE del 29.10.2004, L 326/45

Consiglio europeo (2005), *Conclusioni della Presidenza*, Bruxelles, 22-23 marzo 2005

Consiglio e Commissione (2001), *Relazione comune sull'occupazione 2001*, disponibile nel sito [http://www.europa.eu.int/comm/employment\\_social/employment\\_strategy/report\\_2001/jer2001\\_it.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/report_2001/jer2001_it.pdf)

Consiglio e Commissione (2004), *Relazione comune sull'occupazione 2003/2004*, disponibile nel sito [http://www.europa.eu.int/comm/employment\\_social/employment\\_strategy/report\\_2003/jer20034\\_it.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/report_2003/jer20034_it.pdf)

de la Porte C. (2002), *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, ELJ, Vol. 8, n. 1, p. 38 ss.

de la Porte C., Nanz P. (2003), *OMC – A deliberative-democratic mode of governance? The cases of employment and pensions*, Paper presentato in occasione della ESPAnet Conference *hanging European Society – The Role for Social Policy*, 13-15 novembre 2003

de la Porte C., Pochet P., Room G. (2001), *Social Benchmarking Policy-making and New Governance in the EU*, Jean Monnet Centre for European Studies, Working Paper n. 7/2001.

Dehousse R. (2002), *The Open Method of Coordination: A New Policy Paradigm?*, Relazione presentata al Convegno *The Politics of European Integration: Academic Acquis and Future Challenges*, Bordeaux, 26-28 settembre 2002

Dolowitz D.P., Marsh D. (2000), *Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making*, Governance, Vol. 13, n. 1, p. 5 ss.

- Ferrera M., Sacchi S. (2004), *The Open Method of Coordination and National Institutional Capabilities: the Italian Experience*, URGE Working Paper, n. 2
- Ghezzi G. (a cura di) (2004), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse
- Giddens A. (1998), *The Third Way*, Cambridge, Polity Press
- Goetschy J. (1999), *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, EJIR, Vol. 5, n. 2, p.117 ss.
- Goetschy J. (2001), *The European employment strategy from Amsterdam to Stockholm: Has it reached its cruising speed?*, IRJ, 32:5, p. 401 ss.
- Goetschy J. (2003), *A transition year for employment in Europe: EU governance and national diversity under scrutiny*, IRJ, 33:5, p. 405 ss.
- Groenendijk N. (2004), *The Use of Benchmarking in EU Economic and Social Policies*, Paper presented at «*The Future of Europe*», Danish Association for European Studies (ECSA-DK), University of South Denmark, Odense, September 24-25, 2004, disponibile sul sito [http://www.igs.utwente.nl/news/latest\\_news/nicogroenendijk.PDF](http://www.igs.utwente.nl/news/latest_news/nicogroenendijk.PDF)
- Guarriello F. (2004), *Il contributo del dialogo sociale alla Strategia Europea per l'Occupazione*, LD, n. 2, p. 351 ss.
- Hodson D., Maher I. (2001), *The Open Method as a New Method of Governance: The Case of Soft Economic Policy Co-ordination*, JCMS, Vol. 39, n. 4, p. 719 ss.
- Jacobsson K. (2002), *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*, reperibile sul sito <http://www.govecor.org>
- Kenner J. (1999), *The EU Employment Title and the «Third Way»: Making Soft Law Work?*, IJCLLR, vol. 15, n. 1, p. 33 ss.
- Kok et al. (2004), *Facing the Challenge. The Lisbon Strategy for growth and employment*, Report from the High Level Group chaired by Wim Kok, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities
- Lundvall B., Tomlinson M. (2002), *International benchmarking as a policy learning tool*, in Rodrigues M.J. (ed.), *The New Knowledge Economy in Europe*, Edward Elgar, p. 203 ss.
- Mosher J., Trubek D. (2003), *Alternative Approaches to Governance in the EU: EU Social Policy and the European Employment Strategy*, JCMS, Vol. 41, n.1, p 63 ss.
- Mosley H., Mayer A. (1999), *Benchmarking National Labour Market Performance: a Radar Chart Approach*, Report prepared for European Commission, Directorate-General V, Employment, Industrial Relations and Social Affairs
- Mosley H., Schütz H., Breyer N. (2001), *Management by Objectives in European Public Employment Services*, Discussion Paper FS I 01-203, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung
- Pastore B. (2003), *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, LD, n. 1, p. 5 ss.
- Perulli A. (2002), *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, DLRI, 3



- PNA (2003), *Piano Nazionale di Azione per l'Occupazione 2003*, Roma
- Poggi A. (2005), *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Relazione presentata al Convegno *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Catania, 14-15 ottobre 2005
- Radaelli C. (2003), *The Open Method of Coordination: a new governance architecture for the European Union?*, SIEPS Preliminary Report, n. 1
- Radaelli C. (2004), *Who learns what? Policy learning and the Open Method of Coordination*, Paper prepared for the ESRC Seminar Series: *Implementing the Lisbon Strategy – Policy learning inside and outside the Open Method*, European Research Institute, Birmingham
- Ravelli F. (2003), *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, DLRI, n. 98, 2, p. 303 ss.
- Salvati M. (2002), *Economia e politica: servono gli economisti del lavoro?*, SM, n. 64, p. 143 ss.
- Scharpf F.W. (2001), *European Governance: Common Concerns vs. The Challenge of Diversity*, MPIfG Working Papers, 01/6, September 2001
- Scharpf F.W. (2002), *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, JCMS, Vol. 40, n. 4, p. 645 ss.
- Schütz H., Speckesser S., Schmid G. (1998), *Benchmarking Labour Market Performance and Labour Market Policies: Theoretical Foundations and Applications*, Discussion Paper FS I 98 – 205, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung
- Sciarra S. (2003a), *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 24
- Sciarra S. (2003b), *New Discourses in Labour Law. Part-time Work and the Paradigm of Flexibility*, EUI Working Paper LAW, n. 14
- Sciarra S. (2005), *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 65
- Scott J., Trubek D. (2002), *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, ELJ, Vol. 8, n. 1, p. 1 ss.
- Sisson K., Arrowsmith J., Marginson P. (2003), *All benchmarks now? Benchmarking and the "Europeanisation" of industrial relations*, IRJ, 34:1, p. 15 ss.
- Smismans S. (2004), *EU Employment Policy: Decentralisation or Centralisation through the Open Method of Coordination?*, EUI Working Paper LAW, n. 1
- Smismans S. (2005), *How to be fundamental with soft procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, URGE Working Paper, n. 2
- Strazzari D. (2006), *Tra soft e hard law: prime riflessioni in favore della giustiziabilità degli atti emanati nell'ambito dell'OMC*, in Barbera M. (a cura di), *Nuove forme di decisione e di regolazione: il Metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè (in corso di pubblicazione)
- Telò M. (2002), *Governance and government in the European Union: The open method of coordination*, in Rodrigues M.J. (ed.), *The New Knowledge Economy in Europe*, Edward Elgar, p. 242 ss.



- Treu T. (2001), *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, DRI, n. 3, p. 307 ss.
- Tronti L. (1998), *Benchmarking Labour Market Performances and Policies*, Labour 12 (3), p. 489 ss.
- Tronti L. (2000), *Il benchmarking dei mercati del lavoro. Una sfida per le regioni italiane?*, dattiloscritto.
- Trubek D., Cottrell P., Nance M. (2005), *"Soft Law", "Hard Law" and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, Jean Monnet Working Paper 02/05
- Trubek D., Trubek L. (2005), *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, ELJ, Vol. 11, n. 3, p. 343 ss.
- Vandenbrouke F. (2002), *The EU and social protection: what should the European Convention propose?*, Paper presentato il 17.6.2002 presso il Max Planck Institute for the Study of Societies, Colonia
- Velluti S. (2003), *Towards the Constitutionalisation of New Forms of Governance: A Revised Institutional Framework for the European Employment Strategy*, The Yearbook of European Law, Vol. 22
- Veneziani (2004), *Concertazione e occupazione: un dialogo interrotto?*, LD, n. 2, p. 287 ss.
- Wallace H. (2001), *The Changing Politics of the European Union: An Overview*, JCMS, Vol. 39, n. 4, p. 581 ss.
- Weber M. (2004), *La scienza come professione. La politica come professione*, PBE – Scienze Sociali
- Zappalà L. (2003), *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra soft law e hard law*, DLRI, p. 69 ss.

## 9. Elenco delle abbreviazioni.

|             |                                                                          |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------|
| DLRI        | Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali                |
| DRI         | Diritto delle Relazioni Industriali                                      |
| EJIR        | European Journal of Industrial Relations                                 |
| ELJ         | European Law Journal                                                     |
| EPL         | European Public Law                                                      |
| Governance: | An International Journal of Policy and Administration                    |
| IJCLLR      | The International Journal of Comparative Labour Law Industrial Relations |
| IRJ         | Industrial Relation Journal                                              |
| JCMS        | Journal of Common Market Studies                                         |
| JEPP        | Journal of European Public Policy                                        |
| LD          | Lavoro e Diritto                                                         |
| QDLRI       | Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali             |

RIDL            Rivista Italiana di Diritto del Lavoro  
SM             Stato e Mercato

## La forma nel contratto di somministrazione\*

Loredana Zappalà

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Le molteplici funzioni del formalismo nella fattispecie somministrazione di lavoro                     | 281 |
| 2. I contenuti del contratto di somministrazione                                                          | 284 |
| 2.1. L'obbligo di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi                              | 290 |
| 3. La comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione                         | 295 |
| 3.1. Ratio dell'operazione economica, collegamento negoziale e funzione della comunicazione al lavoratore | 297 |
| 3.2. Le possibili conseguenze della mancata informazione                                                  | 299 |
| 4. Requisiti formali, contenuti e nullità del contratto di somministrazione                               | 302 |

---

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

## 1. Le molteplici funzioni del formalismo nella fattispecie somministrazione di lavoro

Le previsioni di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003 si inseriscono in quell'ormai decennale processo di «valorizzazione del formalismo giuridico e della procedimentalizzazione dei comportamenti e degli atti di gestione del personale» quale contrappeso alla crescente «liberalizzazione e proliferazione (...) dei modelli flessibili o articolati di impiego del lavoro dipendente»<sup>871</sup>. Nell'ambito della progressiva giuridificazione di nuove fattispecie negoziali, la regolamentazione della forma dei contratti flessibili riflette e amplifica la naturale propensione giuslavoristica a svalutare il ruolo della autonomia contrattuale delle parti del rapporto di lavoro, non solo attraverso l'utilizzo della norma inderogabile, ma anche, come accade sempre più frequentemente, attraverso l'affermarsi di un principio di tipicità degli atti e la valorizzazione dei requisiti formali degli stessi<sup>872</sup>.

Nella fattispecie somministrazione di lavoro, in cui il «contratto commerciale»<sup>873</sup> è espressamente tipizzato dal legislatore<sup>874</sup> attraverso una disciplina dettagliata con la quale si sono imposti limiti alla autonomia contrattuale delle parti, come si vedrà nelle pagine che seguono, il formalismo svolge un ruolo determinante, con funzioni e modalità diverse, sia nel sopra citato contratto «commerciale», sia nel rapporto di lavoro fra il somministratore e il lavoratore, sia, infine, nel rapporto giuridico che si instaura fra l'utilizzatore e il lavoratore<sup>875</sup>.

In particolare, anticipando fin d'ora alcune delle conclusioni cui si giungerà alla fine del presente lavoro, pare possibile rilevare la sussistenza di una polifunzionalità del formalismo in relazione alla fattispecie in oggetto.

a) Per quanto concerne innanzitutto il contratto di somministrazione, dalle prescrizioni formali indicate nell'art. 21, comma 1 in commento emerge il carattere di *istituzionalità* della forma vincolata<sup>876</sup> prescritta per la validità del contratto medesimo, attraverso la creazione di uno schema di contratto costante e regolare, di un contenuto tipico, espressione di un assetto di interessi composto che, sottratto alla imprevedibile spontaneità dei singoli, viene reso trasparente e controllabile all'esterno. La forma scritta e la rigida predeterminazione dei contenuti del contratto, in questo caso, non sono da ritenere prescritte a garanzia della volontà dei contraenti, apparendo piuttosto funzionali a realizzare, indirettamente, un sistema trasparente di scambio del “bene” –

<sup>871</sup> Ferraro, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, p. 568 ss.

<sup>872</sup> In generale, sulla prospettiva civilistica secondo cui «l'opposto dell'autonomia contrattuale è la tipicità degli atti: tipicità e forma, variamente combinate, costituiscono i due limiti principali entro i quali l'autonomia può venire costretta» cfr. Sacco, De Nova, *Il contratto*, Utet, Torino, 2004, p. 709.

<sup>873</sup> Sul punto si rinvia a Romei, Art. 20, *infra*. V. pure Speciale, Art. 20. *Condizioni di liceità*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 275 ss.; Marinelli, *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Il Dir. del Mer. Lav.*, 2004, p. 327 ss.; Guaglianone, *La somministrazione di lavoro*, in Magnani, Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 299 ss.

<sup>874</sup> In proposito, sia consentito rinviare a Zappalà, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p. 267 ss.

<sup>875</sup> Sul rapporto fra utilizzatore e lavoratore come rapporto giuridico, non di mero fatto, cfr. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 423; v. pure Nicolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 367 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>876</sup> Sul significato della «forma istituzionale», cfr. Irti, *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 82 ss.

il lavoro umano - oggetto del contratto di somministrazione. Il lavoratore non è infatti il soggetto debole parte della trattativa, ma è "l'oggetto" dello scambio fra soggetti, imprenditori, dotati di pari forza contrattuale. La forma, allora, intesa quale strumento in grado di «comporre conflitti tra vaste classi sociali»<sup>877</sup>, predetermina una razionalità oggettiva dello scambio<sup>878</sup> di un "bene" che incarna al tempo stesso gli interessi di un singolo soggetto - il lavoratore - potenzialmente in grado di subire, indirettamente, taluni dei rischi derivanti dall'operazione economica (mancata, incompleta, inesatta informazione o inadempimento di una delle parti), e di una intera categoria sociale operante in un mercato "speciale", quello del lavoro. I vincoli formali imposti alle parti del contratto di somministrazione possono, pertanto, considerarsi funzionali a garantire la trasparenza e l'efficiente funzionamento<sup>879</sup> del mercato della somministrazione di lavoro medesimo, nonché, indirettamente, una tutela del particolare "bene" in esso scambiato: le energie psico-fisiche e la dignità della persona umana.

b) Per quanto riguarda, invece, il contratto di lavoro deve immediatamente evidenziarsi come, nella nuova disciplina, sia scomparso il requisito della forma scritta, ritenuta - secondo l'opinione prevalente nel vigore della l. n. 196 cit. - prescritta *ad substantiam*. La stipulazione per iscritto del contratto di lavoro è sostituita dall'art. 21, comma 3, dalla previsione di un obbligo del somministratore di comunicare per iscritto al lavoratore il contenuto del contratto di somministrazione, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore. In proposito, paiono doversi condividere i dubbi di costituzionalità rilevati in relazione a talune innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 276<sup>880</sup> poiché, pure ammettendo che l'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato rendesse necessaria l'adozione di un «impianto unitario»<sup>881</sup>, appare alquanto incerto che la l. delega n. 30 del 2003 abbia autorizzato una modifica sostanziale di alcuni aspetti rilevanti della pregressa disciplina come è avvenuto, appunto, «con l'eliminazione del requisito della forma scritta del contratto di lavoro»<sup>882</sup>.

<sup>877</sup> Irti, *Studi sul formalismo*, cit., p. 79 ss.

<sup>878</sup> Sul formalismo quale strumento in grado di soddisfare l'esigenza di una «pacificante razionalità» del mercato v. pure Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 2001, p. 54 ss.

<sup>879</sup> Cfr. Andriani, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 158, secondo cui «il dovere di trasparenza, insieme alla diligenza e alla correttezza, si consolida, divenendo regola di condotta del contraente sia nell'interesse della controparte che dell'integrità del mercato». Sull'esigenza di trasparenza nella gestione del rapporto trilaterale che caratterizzava già il lavoro interinale v. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 363 ss; sull'introduzione di vere e proprie «regole di trasparenza in funzione di esigenze di tutela dei lavoratori» già nella l. n. 196 del 1997 v. inoltre Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, p. 160 ss.

<sup>880</sup> Per una disamina delle disposizioni della l. n. 196 del 1997 la cui abrogazione è ritenuta «espressione di una scelta arbitraria del legislatore delegato in quanto non sostenuta da alcun criterio - direttamente o indirettamente - riconducibile alla legge delega» cfr. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 93.

<sup>881</sup> Così Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in Aa.Vv., *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 4, p. 69. In tal senso v. anche Del Punta, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in Carinci M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 64.

<sup>882</sup> Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, p. 119 ss. *Contra* v. Speciale, *Art. 20., cit.*, p. 287, il quale, a fronte della «elasticità» dei criteri enucleati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di potestà legislativa delegata, sottolinea come, in questo caso, il legislatore abbia utilizzato la tecnica abrogativa della «regolamentazione dell'intera materia, che non presuppone la sostituzione di tutte le norme previgenti». Sulla legittimità dell'esercizio

Tale modifica della struttura<sup>883</sup> della fattispecie somministrazione di lavoro contenuta nell'art. 21 in commento si rivela di notevole interesse sia da un punto di vista teorico, sia della concreta applicazione della nuova disciplina. Nell'anticipare brevemente il discorso che si svilupperà nelle pagine che seguono, è possibile evidenziare fin d'ora come la previsione di un obbligo formale di comunicazione per iscritto al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione svolga una duplice funzione. Da una parte, esso prefigura una sorta di inedita «procedimentalizzazione» del potere direttivo dell'agenzia nei confronti del lavoratore finalizzato a rendere possibile la dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione. Dall'altra, tale dovere di comunicazione per iscritto, da parte dell'agenzia al lavoratore, dei contenuti del contratto di somministrazione è configurabile come un'obbligazione che *ex lege* è posta a carico dell'agenzia, quale parte del contratto di somministrazione. Poiché, infatti, il contratto di somministrazione, al pari di qualunque altro contratto, *ex art. 1372 cod. civ.*, è produttivo di effetti esclusivamente nei confronti dei soggetti stipulanti, la legge impone a carico del somministratore l'obbligazione "accessoria" di mettere il lavoratore, estraneo al contratto di somministrazione medesimo, a conoscenza dell'esistenza e dei contenuti di tale pattuizione. In questo caso il formalismo si manifesta attraverso l'imposizione di una «modalità vincolata di comunicazione degli atti»<sup>884</sup>, avente la funzione *informativa* di portare il contratto di somministrazione a conoscenza di soggetti terzi<sup>885</sup>.

Nel rapporto fra agenzia e lavoratore, dunque, il formalismo diviene veicolo di comunicazione fra il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro, fra loro funzionalmente collegati, rendendo al medesimo tempo possibile sia la dissociazione fra titolarità formale e titolarità sostanziale del rapporto di lavoro, sia l'estensione degli effetti del contratto commerciale al lavoratore "terzo".

c) Da quanto rilevato *sub b)*, deriva infine che per quanto concerne il rapporto fra utilizzatore e lavoratore, il formalismo assicura all'impresa utilizzatrice di poter usufruire, dirigere e controllare l'attività posta in essere dal prestatore senza che si instauri con esso un rapporto di lavoro subordinato. In particolare, come si è detto, affinché l'effettiva utilizzazione del lavoratore non concreti l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato fra l'utilizzatore e il prestatore sarà necessario non solo che le parti del contratto commerciale rispettino i requisiti formali e sostanziali prescritti dagli artt. 20, commi 3-5, e 21, comma 1, ma anche che il somministratore abbia adempiuto all'obbligo ad esso imposto dall'art. 21, comma 3 di comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione. Da tale punto di vista, la vincolatività della forma non riguarda il negozio in sé (la sua validità), ma – tramite l'informativa al prestatore - ha la funzione di garantire all'utilizzatore la possibilità di "opporre" al lavoratore "terzo", che volesse far accertare l'avvenuta costituzione nei suoi confronti di un rapporto di lavoro subordinato, il contratto di somministrazione e, di conseguenza, il diritto da questo nascente di poter utilizzare e dirigere il lavoratore senza ricadere nella fattispecie di cui all'art. 2094 cod. civ.

della delega v. pure Ciucciovino, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in Carinci M.T., Cester (a cura di), *Somministrazione, appalto, trasferimento d'azienda*, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da Carinci F., II, 2004, p. 66.

<sup>883</sup> Sulle «norme sulla forma» quali norme che «descrivono strutture di negozi» cfr. Irti, *Studi sul formalismo*, cit., p. 149.

<sup>884</sup> Su cui cfr. Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1001.

<sup>885</sup> Su tale funzione della forma «in ossequio al principio di trasparenza del contratto» v. pure De Nova, *Dieci voci per una tavola rotonda su «Il nuovo diritto dei contratti»*, in Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, p. 814.

## 2. I contenuti del contratto di somministrazione

L'art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003, dedicato alla «Forma del contratto di somministrazione», incorpora parte delle regole che nel vigore della ormai abrogata l. n. 196 si trovavano suddivise fra l'art. 1, comma 5, dedicato al «contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo», e l'art. 3, comma 3, disciplinante il «contratto per prestazioni di lavoro temporaneo». In particolare, il comma 1, dell'art. 21 cit., «fissando il dialogo fra i soggetti»<sup>886</sup> del contratto di somministrazione di lavoro, stabilisce che esso deve essere stipulato in forma scritta e deve contenere una serie di precise indicazioni.

*I) Gli estremi dell'autorizzazione all'esercizio della attività di somministrazione.* - Innanzi tutto, al fine di consentire al soggetto utilizzatore di poter verificare che l'agenzia per il lavoro sia abilitata a svolgere l'attività di somministrazione a tempo indeterminato e/o determinato<sup>887</sup>, è prevista l'indicazione degli estremi dell'autorizzazione di cui deve essere in possesso l'agenzia medesima, secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276<sup>888</sup>. La specifica indicazione per iscritto degli estremi dell'autorizzazione (richiesta dalla lett. a), del comma 1, dell'art. 21) ha evidentemente l'effetto di "cristallizzare" la misura del dovere di diligenza imposto all'utilizzatore per non ricadere nella fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 18, comma 2, che sanziona il ricorso alla somministrazione di lavoro da parte di soggetti non autorizzati<sup>889</sup>. In tale evenienza, infatti, al fine di escludere la propria colpevolezza, difficilmente l'utilizzatore potrà invocare la buona fede, riconosciuta da alcuni orientamenti giurisprudenziali relativamente ai reati contravvenzionali<sup>890</sup>, poiché, appunto, la specifica indicazione per iscritto degli estremi dell'autorizzazione nel contratto gli impone il dovere di accertarsi della veridicità dell'indicazione o, nell'ipotesi in cui questo faccia ricorso abitualmente ad una stessa agenzia per il lavoro, di controllare che l'autorizzazione non sia stata alla stessa revocata.

*II) Gli elementi identificativi dell'oggetto del contratto.* - Il contratto deve indicare inoltre alcuni elementi essenziali necessari a identificarne "l'oggetto"<sup>891</sup>, quali il numero dei lavoratori da somministrare (lett. b), comma 1, dell'art. 21), l'inquadramento professionale e le mansioni cui questi saranno adibiti (lett. f), il luogo e l'orario delle prestazioni lavorative, il loro trattamento economico e contributivo (lett. g). In proposito, è possibile evidenziare come, in maniera simile alla precedente formulazione della l. n. 196, tale previsione autorizzi le parti alla stipula di «contratti

<sup>886</sup> L'efficace espressione è di Irti, *Studi sul formalismo*, cit., p. 83.

<sup>887</sup> Tale previsione sarebbe volta a soddisfare un principio di trasparenza, così Bano, *Art. 21. Forma del contratto di somministrazione*, in Gagnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 333.

<sup>888</sup> V. Alaimo, *Artt. 4 e 5, infra*.

<sup>889</sup> Sulle condotte penalmente rilevanti previste dall'art. 18 cit., che nella nuova disciplina si ritengono inserite nella vasta area della cd. *liceità condizionata*, v. Mantovani, *Art. 18. Sanzioni penali*, in Gagnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 248 ss.

<sup>890</sup> Cfr., in relazione ad una fattispecie interpositiva vietata ex l. n. 1369 del 1960, Cass., sez. III pen., 28 ottobre 1998, n. 11308, in *Dir. Prat. Lav.*, 1998, n. 46, p. 3077 ss.

<sup>891</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 334, il quale sottolinea anche come talune previsioni, quali l'indicazione delle mansioni del lavoratore e del relativo trattamento economico e retributivo, debbano considerarsi obblighi funzionali, rispettivamente, agli obblighi incombenti sull'utilizzatore in caso di mutamento di mansioni e al rispetto del principio di parità di trattamento.

globali»<sup>892</sup>, vale a dire contratti in cui si pattuisce la somministrazione di diversi lavoratori, ma non di «contratti aperti», cioè di contratti con i quali l'agenzia e l'utilizzatore concordino una serie indeterminata di forniture di manodopera<sup>893</sup>. Nulla tuttavia esclude, come di fatto accade, che in virtù della propria autonomia negoziale l'agenzia e l'utilizzatore possano stipulare degli «accordi quadro», aventi natura esclusivamente commerciale, con i quali le parti assumono reciprocamente una serie di impegni, quali per esempio l'obbligo di rivolgersi a una data agenzia in caso di ricorso alla somministrazione di lavoro, la pattuizione di un determinato costo del servizio (da aggiungere ovviamente, di volta in volta, al costo del lavoro), l'erogazione da parte dell'agenzia di ulteriori servizi specifici<sup>894</sup>, ecc.

*III) La durata del contratto.* - Altre indicazioni essenziali che devono essere contenute nel contratto riguardano poi la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione<sup>895</sup> (così lett. e), comma 1, dell'art. 21)<sup>896</sup>. La portata di detta disposizione non appare del tutto chiara per quanto concerne l'ipotesi in cui il contratto di somministrazione sia a tempo indeterminato: posto che in tal caso il contratto non ha una scadenza predefinita potrebbe infatti sorgere il dubbio sul se in tale circostanza le parti possano anche ritenersi legittimate a non indicare alcun termine finale. In proposito, tuttavia, pare doversi condividere l'interpretazione secondo cui l'inciso debba ritenersi indicativo dell'obbligo di indicare il tipo di somministrazione, piuttosto che una quantificazione temporale<sup>897</sup>.

Più in generale, deve essere rilevato il carattere parzialmente innovativo della sopra richiamata disposizione rispetto alla pregressa disciplina sul lavoro temporaneo, che invece stabiliva<sup>898</sup> l'obbligo di indicare nel contratto di fornitura «la data di inizio e il termine del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo». In virtù di detta previsione, la Corte di Cassazione, postulando un collegamento fra il contratto di prestazione ed il contratto di fornitura, è giunta alla conclusione secondo cui la disciplina di cui alla l. n. 196 imponesse di considerare il contratto di prestazioni di

<sup>892</sup> Magnani, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in Napoli (a cura di), *Il «Pacchetto Treu»*, in *Le Nuove Leg. Civ. Comm.*, Cedam, Padova, 1998, p. 1189 ss.

<sup>893</sup> Così Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Aa.Vv. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 288. V. pure Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 2005, p. 21 ss.; Guaglianone, cit., p. 304.

<sup>894</sup> Quale per esempio la creazione all'interno dell'agenzia di una specifica area o divisione commerciale/consulenziale, cosiddetta «grandi clienti», specializzata nelle problematiche di un peculiare settore commerciale e nella gestione dei contratti di somministrazione che verranno stipulati con quella data azienda.

<sup>895</sup> Su tale necessario riferimento come elemento sintomatico della natura del contratto di somministrazione quale contratto di durata, v. Speciale, *Art. 20*, cit., p. 290.

<sup>896</sup> Pur nel silenzio del legislatore particolarmente significative appaiono talune prescrizioni recentemente introdotte in alcuni contratti collettivi che pongono limiti alla durata massima del contratto di somministrazione a tempo determinato: cfr. in proposito il Ccnl Autoscuole del 5.7.2005 in cui si prevede che «la durata massima del contratto di somministrazione è di 12 mesi ed è prorogabile sino a un periodo complessivamente non superiore a 24 mesi incluso il primo contratto»; nonché il Ccnl Magazzini Generali del 29.1.2005 e il Ccnl Trasporto e spedizione merci - Confetra del 29.1.2005 che, in maniera analoga, stabiliscono che «la durata massima del contratto di somministrazione è di 18 mesi ed è prorogabile sino a un periodo complessivamente non superiore a 36 mesi incluso il primo contratto».

<sup>897</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 336.

<sup>898</sup> Art. 1, comma 5, lett. h), l. n. 196 del 1997.



lavoro temporaneo quale «contratto base», produttivo di effetti diretti nei confronti dell'utilizzatore<sup>899</sup>. Nel vigore della pregressa disciplina, dunque, il collegamento negoziale avrebbe consentito il prodursi in capo al soggetto utilizzatore di un obbligo di correttezza e buona fede tale da imporgli il dovere di controllare l'esatto contenuto del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, costituente il titolo che gli consentiva di gestire il lavoratore. Sulla scorta di tali premesse, come è noto, la Suprema Corte, a fronte di un caso di non coincidenza del termine finale pattuito nel contratto di fornitura e in quello di prestazioni di lavoro e di conseguente prolungamento dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore oltre la data pattuita nel contratto di prestazioni di lavoro medesimo, ha ritenuto di poter accertare l'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore, nonostante il contratto di fornitura indicasse un diverso termine finale.

La nuova formulazione evidenzia invece che nello schema contrattuale delineato dal d.lgs. n. 276 «ciò che conta e che va collocato temporalmente è il contratto di somministrazione e non l'inizio e la durata del rapporto di lavoro, in quanto questo elemento rimane nella esclusiva dimensione organizzativa e di scelta dell'agenzia»<sup>900</sup>. L'utilizzatore, così, potrà non sapere, né sarà tenuto a informarsi sul se il lavoratore inviato in missione abbia un contratto di lavoro a tempo indeterminato con l'agenzia, oppure un contratto a termine avente la stessa durata del contratto di somministrazione o una durata diversa. L'unica circostanza cui dovrà prestare attenzione, al fine di evitare eventuali contestazioni da parte del lavoratore, è il rispetto del termine finale pattuito nel contratto di somministrazione, alla scadenza del quale l'utilizzatore non potrà più ritenersi legittimato all'utilizzo del lavoratore inviato in missione, a prescindere dal fatto che quel lavoratore continui a essere legato o meno da un rapporto contrattuale con l'agenzia<sup>901</sup>. Sempre al fine di evitare eventuali richieste di accertamento dell'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro subordinato fra l'utilizzatore e il lavoratore sarà comunque necessario – come accennato in premessa al presente lavoro (v. *infra* par. 1) – che il contratto di somministrazione sia “opponibile” al lavoratore “terzo”. Opponibilità che, come si è detto, è possibile solo dopo che il somministratore abbia correttamente adempiuto al proprio obbligo di comunicare al lavoratore il contenuto del contratto di somministrazione, ivi compresa la durata. In mancanza o in caso di inesatta comunicazione, infatti, nulla esclude che il lavoratore possa, confidando magari nel fatto di essere stato assunto direttamente dall'utilizzatore, richiedere l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato con questo. In questo caso, all'impresa utilizzatrice, “colpita” da una sentenza di accertamento di tal genere, non resterà che rivalersi civilmente contro l'agenzia al fine di fare valere la responsabilità di questa per inadempimento contrattuale (mancato adempimento della obbligazione “accessoria” di comunicare al lavoratore il contenuto del contratto) e, di conseguenza, ottenere il risarcimento per i danni subiti<sup>902</sup>.

<sup>899</sup> Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Giust. Civ.*, 2003, n. 11, p.1791 ss. con nota di Zappalà, *Lavoro temporaneo e regime sanzionatorio: gli improbabili effetti del collegamento negoziale*.

<sup>900</sup> Chieco, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 115.

<sup>901</sup> Sulle possibili diverse ipotesi di continuazione dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore alla scadenza del contratto di somministrazione v. Art. 22, *infra*.

<sup>902</sup> Su tali profili v. oltre par. 3.2.

Nulla è stabilito, invece, per quanto concerne la possibilità di una eventuale proroga del contratto di somministrazione a tempo determinato alla scadenza dello stesso<sup>903</sup>. In proposito, sebbene non manchino talune indicazioni contenute nella più recente contrattazione collettiva volte a limitare il numero e/o la durata delle proroghe del contratto di somministrazione a tempo determinato<sup>904</sup>, pare potersi condividere l'interpretazione di chi ha sostenuto che, in astratto, non vi sia motivo di dubitare della legittimità di tale possibilità e, di conseguenza, di una proroga del contratto di somministrazione che pur rispettando il requisito della forma scritta rinvii a tutto quanto pattuito nel contratto originario, salva la specifica indicazione degli elementi che subiscono una modificazione<sup>905</sup>. Pure tale proroga, ovviamente, per quanto sopra detto, dovrà essere comunicata dal somministratore al lavoratore interessato. Non pare escluso, tuttavia, che una reiterazione delle proroghe del contratto di somministrazione possa celare un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, magari al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, e che dunque dietro la reiterate proroghe si possa nascondere una ipotesi di somministrazione irregolare e/o fraudolenta<sup>906</sup>.

*IV) Le ragioni del ricorso alla somministrazione.* - Del tutto nuove rispetto alla pregressa disciplina sul lavoro temporaneo sono invece le previsioni dell'art. 21, comma 1, lett. c) e d), che stabiliscono, rispettivamente, che nel contratto di somministrazione debbano essere indicate le ragioni del ricorso alla somministrazione<sup>907</sup>, sia essa a tempo indeterminato o determinato, nonché la presenza di eventuali rischi particolari per l'integrità e la salute dei lavoratori e le misure di prevenzione adottate.

Nel vigore della l. n. 196, l'indicazione della causale giustificatrice del ricorso alla fornitura di manodopera era prevista quale requisito necessario del solo contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, mentre nulla era previsto per quanto riguardava il contratto di fornitura. La nuova previsione che, come si è detto, impone l'indicazione per iscritto nel contratto di somministrazione dei casi e delle ragioni<sup>908</sup> che legittimano il ricorso alla somministrazione medesima<sup>909</sup> può ritenersi figlia del tentativo posto in essere dal legislatore di *normalizzare* il contratto di lavoro<sup>910</sup>: scomparso infatti il requisito della forma scritta del contratto di lavoro, sostituito, come accen-

<sup>903</sup> Sulla possibilità di proroga del contratto di lavoro v. invece Art. 22, *infra*.

<sup>904</sup> Cfr. le disposizioni citate alla nota 27, *infra*.

<sup>905</sup> Quali l'indicazione di un nuovo termine finale, del numero dei lavoratori interessati, ecc. In tal senso v. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 289.

<sup>906</sup> Per considerazioni simili v. Pinto, *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, sul sito [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro), p. 54; Lanotte, *Il contratto di somministrazione di lavoro: tipologie e condizioni di liceità*, in Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 216.

<sup>907</sup> Ragioni che «dovranno essere specifiche, idonee a stabilire la concreta utilizzazione dei lavoratori da somministrare e, viceversa, non risolversi in affermazioni generiche o in *clausole di stile*», così Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 21 ss.

<sup>908</sup> Sulla distinzione fra i «casi», che evidentemente sembrano fare riferimento alle ipotesi previste dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva a fronte delle quali è ammissibile la somministrazione a tempo indeterminato, e le «ragioni» legittimanti invece il ricorso alla somministrazione a termine v. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 288.

<sup>909</sup> Sulle ragioni che giustificano la somministrazione a tempo determinato e a tempo indeterminato, v. Romei, Art. 20, *infra*.

<sup>910</sup> L'efficace espressione è di Chieco, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 119. Su tale questione v. Art. 22, *infra*.

nato, da un obbligo di comunicazione al lavoratore, da parte del somministratore, di tutte le informazioni racchiuse nel contratto di somministrazione, altro non restava che “recuperare” tale obbligo di menzione delle causale legittimante la somministrazione proprio nel contratto commerciale, sui cui contenuti il lavoratore verrà informato al momento della stipula del contratto di lavoro o dell’invio in missione presso l’utilizzatore.

V) *Le informazioni in materia di salute e sicurezza.* - Innovativa è pure la previsione secondo cui il contratto di somministrazione deve indicare la presenza di eventuali rischi per la salute dei lavoratori inviati in missione e le misure adottate per prevenirli. Sul punto, l’art. 3, comma 3, lett. h) della l. n. 196 stabiliva, invece, che fosse il contratto di prestazioni di lavoro temporaneo a dover contenere la precisazione delle «eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività», mentre nessun obbligo di indicazione di tal genere era previsto per quanto riguardava il contratto di fornitura. Come è noto, tale disposizione doveva essere letta di concerto con gli obblighi informativi e formativi gravanti sull’agenzia e sull’utilizzatore ai sensi degli artt. 3, comma 5 e 6, comma 1 della l. n. 196; obblighi oggi accorpati nella disposizione di cui all’art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003<sup>911</sup>. In breve è possibile ricordare come la scelta del legislatore del 1997, confermata anche dall’odierno legislatore, è stata quella di individuare nel soggetto presso il quale si svolge l’attività lavorativa il principale destinatario degli obblighi di sicurezza, poiché è questo il soggetto ritenuto maggiormente «in grado di indirizzare la prestazione non solo verso l’utilità programmata, ma anche verso la sicurezza dovuta»<sup>912</sup>. A fronte dei numerosi obblighi in tema di sicurezza attribuiti dalla legge all’utilizzatore, la l. n. 196, come si è detto, si prefiggeva pure l’obiettivo di responsabilizzare il fornitore imponendogli l’obbligo di informare il lavoratore delle eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività cui il lavoratore medesimo sarebbe stato adibito presso l’impresa utilizzatrice. Tale obbligo di informativa a carico del fornitore era poi affiancato dall’ulteriore, e tutt’ora vigente ex art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276, obbligo di informare il lavoratore sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale e di formare lo stesso all’utilizzo delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa che verrà chiamato a svolgere. L’agenzia e l’utilizzatore, tuttavia, potevano - e tutt’oggi possono - accordarsi affinché tale obbligo fosse adempiuto dall’utilizzatore (altrimenti tenuto a informare il lavoratore solo nel caso in cui le mansioni cui questo è adibito richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici).

Nel vigore della l. n. 196 poteva così accadere che l’utilizzatore prendesse l’impegno di fornire al prestatore tutte le informazioni sui rischi per la sicurezza sia in generale, sia per i rischi specifici, e che, al tempo stesso, l’agenzia rimasse responsabile dell’indicazione per iscritto nel contratto di prestazioni di lavoro temporaneo delle misure di sicurezza necessarie al tipo di missione, vale a dire di tutte quelle informazioni di cui il lavoratore avrebbe dovuto essere messo a conoscenza al momento della conclusione del contratto. Sovente, però, poteva accadere che l’agenzia non

---

<sup>911</sup> Su cui v. Nicosia, *Art. 23, infra*.

<sup>912</sup> Nicolai, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 411, cui si rinvia anche per l’analisi della ripartizione degli obblighi di sicurezza fra agenzia e utilizzatore nel vigore della l. n. 196. In generale, sulle problematiche attinenti alla salute e sicurezza dei lavoratori temporanei v. Lai, *Salute, sicurezza e lavoro temporaneo*, in *Dir. e Prat. Lavoro*, 1998, p. 211 ss.

fosse in grado di fornire alcuna indicazione specifica sulle misure di sicurezza adottate dall'utilizzatore, poiché appunto del tutto estranea alla realtà aziendale di questo, e che il lavoratore si trovasse ad essere inviato in missione senza avere nemmeno una pallida idea dei potenziali rischi cui andava incontro o che si verificassero discrasie fra le informazioni impartite dall'agenzia e quelle rese dall'utilizzatore<sup>913</sup>. D'altra parte, la l. n. 196 non prevedeva alcun tipo di sanzione per la mancata indicazione nel contratto di prestazione di lavoro delle misure di sicurezza connesse al tipo di attività per la quale si faceva ricorso al lavoro tramite agenzia, cosicché al lavoratore non restava che attendere di conoscere i rischi per la sua salute e sicurezza nel momento in cui l'utilizzatore avrebbe adempiuto agli obblighi di informativa ai sensi del d.lgs. n. 626 del 1994<sup>914</sup>.

La nuova disciplina introdotta dall'art. 21, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 276 sembra invece parzialmente in grado di scongiurare eventualità come quelle sopra descritte. Innanzitutto, infatti, l'indicazione già nello stesso contratto di somministrazione della presenza di eventuali rischi particolari per l'integrità e la salute dei lavoratori e delle misure di prevenzione adottate attribuisce *ab initio* un ruolo attivo e immediato all'impresa utilizzatrice – che sicuramente è il soggetto più informato sulla concreta realtà aziendale – nel segnalare eventuali rischi per la sicurezza dei lavoratori. Tale previsione appare maggiormente rispettosa delle prescrizioni dettate dall'art. 7 della direttiva n. 91/383/CE, avente ad oggetto le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei prestatori di lavoro a termine e interinali<sup>915</sup>, che obbliga gli Stati membri a prendere le misure necessarie affinché «l'impresa e/o lo stabilimento utilizzatori, prima che il lavoratore che ha un rapporto di lavoro interinale sia messo a loro disposizione, precisino all'agenzia (...) le caratteristiche proprie del posto da occupare; e che l'agenzia comunichi tutti questi elementi ai lavoratori interessati».

In tale caso, come si è detto, il vincolo di forma impone una trasparenza dei contenuti del contratto a garanzia di un efficiente funzionamento del mercato (a fronte di tale indicazione nel contratto commerciale, l'agenzia potrà infatti valutare e calibrare meglio la figura professionale più adatta per svolgere le mansioni richieste), nonché, indirettamente, assicura una maggiore tutela al lavoratore (cui l'agenzia sarà tenuta a dare immediata comunicazione secondo quanto previsto dal successivo comma 3, dell'art. 21)<sup>916</sup>.

Diversamente dalla pregressa disciplina, poi, tale previsione è rafforzata da un rigoroso regime sanzionatorio potenzialmente in grado di esplicitare una efficacia dissuasiva contro comportamenti negligenti dell'agenzia e soprattutto dell'utilizzatore in materia di informazioni sui rischi per la salute cui i prestatori potrebbero andare incontro nel corso della missione. Il nuovo regime san-

<sup>913</sup> V. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 258 ss.

<sup>914</sup> Cfr. pure Nicolai, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 245, laddove sottolinea come l'eventuale omissione del somministratore sopra descritta poteva pure «giocare un ruolo di ripartizione importante dei rischi infortunistici fra agenzia e utilizzatore, potendo quest'ultimo utilizzare siffatto inadempimento per scaricare, in parte o totalmente, la responsabilità dell'evento dannoso sull'agenzia, in caso di regresso dell'istituto assicuratore».

<sup>915</sup> Su tale direttiva, che in Italia non è stata tutt'ora recepita in maniera formale, v. Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2002, p. 180 ss.

<sup>916</sup> Il ruolo dell'agenzia si risolverebbe così «nel compito di verificare l'eshaustività» delle informazioni rese al fine di darne comunicazione al lavoratore, in tal senso v. Morone, *I requisiti soggettivi e oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in Carinci M.T., Cester (a cura di), *Somministrazione, appalto, trasferimento d'azienda, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., II, 2004, p. 49.

zionatorio, in caso di mancata indicazione delle condizioni di sicurezza, prevede infatti sia l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 18, comma 3, del d.lgs. n. 276 a carico di entrambe le parti del contratto commerciale, sia il verificarsi di una causa di nullità del contratto di somministrazione ex art. 21, comma 4, con la conseguente costituzione del rapporto di lavoro subordinato direttamente con l'utilizzatore.

VI) *Gli obblighi contrattuali.* - L'art. 21, comma 1, lett. da h) a k), del d.lgs. n. 276, ricalcando pedissequamente la pregressa disciplina sul lavoro temporaneo, statuisce infine che nel contratto di somministrazione debba essere espressamente fatta menzione, per iscritto, di alcuni obblighi che le parti reciprocamente si assumono. Si tratta di obblighi che, come si è detto, assolvono alla funzione conformativa svolta dai vincoli formali nella disciplina in commento, espressione di un assetto di interessi complesso che, vista appunto l'importanza degli interessi in gioco, è sottratto alla imprevedibile spontaneità dei singoli per essere reso trasparente e controllabile all'esterno.

Il somministratore, innanzitutto, deve assumersi l'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali. L'utilizzatore, invece, deve impegnarsi a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro. L'utilizzatore deve, inoltre, assumersi l'obbligo di fornire al somministratore tutte le informazioni sui trattamenti economici applicabili nell'azienda per i «lavoratori comparabili», funzionale a rendere possibile l'adempimento della prestazione lavorativa da parte dell'agenzia<sup>917</sup>. Il medesimo utilizzatore, infine, deve esplicitamente obbligarsi - in caso di inadempimento del somministratore - al pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali<sup>918</sup>, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore<sup>919</sup>.

L'indicazione della esplicita menzione per iscritto di taluni obblighi attinenti alle modalità di gestione del contratto di somministrazione ripropone l'annosa questione, su cui ci si soffermerà nel proseguo del presente lavoro, della natura derogabile o inderogabile delle sopra citate prescrizioni, nonché delle conseguenze connesse alla mancanza di tali esplicite assunzioni di responsabilità da parte dei due contraenti o alla presenza di eventuali pattuizioni aventi contenuto diverso<sup>920</sup>.

## 2.1. L'obbligo di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi

Con una previsione del tutto nuova rispetto alla pregressa disciplina, l'art. 21, comma 2 impone

<sup>917</sup> Cfr. Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 52 ss., cui si rinvia anche per l'analisi delle differenze terminologiche fra l'attuale e la precedente formulazione della disposizione sopra citata, differenze che tuttavia non paiono apportare modifiche sostanziali della disciplina.

<sup>918</sup> In proposito v. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 287, che rileva come sul punto sia possibile rilevare una apparente incoerenza tra l'art. 21, comma 1, lett. k), che sembra configurare la posizione dell'utilizzatore soltanto in termini di obbligo di garanzia per il caso di inadempimento da parte del somministratore, e l'art. 23, comma 3, a norma del quale «l'utilizzatore è invece obbligato in solido con il somministratore» per retribuzioni e contributi.

<sup>919</sup> Nel vigore della l. n. 196 del 1997 tali previsioni hanno dato spunto ad un vivace dibattito dottrinale sulla natura necessariamente onerosa o meno del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo e sul se, dunque, la previsione di un corrispettivo dovesse assurgere a elemento di individuazione del tipo contrattuale; per un riepilogo delle diverse posizioni dottrinali sul punto v. Niccolai, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 67 ss.

<sup>920</sup> Su tali profili v. *infra*, par. 4.

alle parti del contratto commerciale, nell'indicare gli elementi sopra analizzati, di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi. La violazione di tale prescrizione, secondo quanto previsto dall'art. 18, comma 3, del decreto, determina il configurarsi di una fattispecie contravvenzionale, punita con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

A differenza di altri rinvii effettuati a favore di una fonte collettiva<sup>921</sup> "qualificata" (i contratti nazionali o territoriali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi)<sup>922</sup>, nel caso in esame «il legislatore fa un richiamo quanto mai generico ai contratti collettivi»<sup>923</sup>, non specificando nemmeno se i contratti collettivi debbano essere quelli "applicati" o quelli "applicabili" al somministratore e/o all'utilizzatore<sup>924</sup>. Secondo alcuni commentatori, tale omissione sarebbe spiegabile in ragione del fatto che detto rinvio non attribuisce alcuna funzione speciale alla contrattazione collettiva: non una funzione – come avviene in altri casi - di integrazione del contenuto del precetto legislativo; ciò che nella norma verrebbe in rilievo altro non sarebbe che «la tipica ed essenziale funzione del contratto collettivo di regolazione dei rapporti individuali di lavoro», che esplica i suoi effetti «secondo i principi e le regole generali del nostro diritto sindacale»<sup>925</sup>.

Sulla scorta di una diversa analisi della previsione citata, la ricostruzione dottrinale sopra riportata non appare tuttavia convincente per una pluralità di ragioni. Pare innanzitutto revocabile in dubbio l'affermazione secondo cui tutte le indicazioni cui fa riferimento l'art. 21, comma 1, qualora specificatamente regolate dai contratti collettivi, possano ritenersi espressione della tradizionale funzione normativa del contratto collettivo medesimo. Il rinvio effettuato dalla legge alla contrattazione sembra piuttosto collocarsi in quel novero di «rinvii legali di nuova generazione», posti in essere da «disposizioni di legge di carattere eterogeneo, che si differenziano secondo una logica non agevolmente ricostruibile nemmeno *ex post*», in virtù dei quali la contrattazione è invitata a integrare, specificare o attuare i precetti legali<sup>926</sup>.

Nel caso di specie, in particolare, la contrattazione è, per buona parte, sollecitata a integrare i contenuti del contratto commerciale stipulato fra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice<sup>927</sup> su profili che non riguardano direttamente il rapporto individuale di lavoro. Come si è sopra visto, infatti,

<sup>921</sup> In generale, per una ricognizione della tipologia dei rinvii alla contrattazione collettiva contenuti nel d.lgs. n. 276 cfr. Carinci F., *Regioni e sindacato nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 3, p. 215 ss.

<sup>922</sup> Cfr. ad esempio art. 20, comma 3, lett. i) e 4.

<sup>923</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 338.

<sup>924</sup> Sul punto v. pure Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 54 ss.

<sup>925</sup> Così Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 289. V. pure Guaglianone, cit., p. 305; Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione*, cit., p. 130, che collegando la *ratio* di tale norma con quanto stabilito dall'art. 5, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 276, laddove si prevede tra i requisiti per l'esercizio dell'attività di somministrazione «il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro applicabile» (su tali norme v. Alaimo, cit., *infra*), evidenzia come il legislatore sembri introdurre in tale caso un vero e proprio obbligo di applicazione del contratto collettivo, obbligo che, evidentemente, porrebbe qualche dubbio di legittimità per contrasto con l'art. 39 Cost.

<sup>926</sup> Le citazioni sono tratte da Proia, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 112 ss., cui si rinvia pure per un recente riepilogo delle materie oggetto dei rinvii legali.

<sup>927</sup> Elenca tale rinvio fra i casi in cui la contrattazione collettiva svolge un ruolo di "integrazione" della legge pure Carinci F., *Regioni e sindacato*, cit., p. 217. Secondo Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 21 ss. in tale caso la contrattazione collettiva avrebbe «il potere di chiarire e specificare il contenuto delle clausole obbligatorie, ma non di introdurre deroghe o modificazioni alle prescrizioni legali».

la contrattazione collettiva è abilitata a dettare indicazioni più dettagliate sulle modalità attraverso cui devono essere indicati gli estremi dell'autorizzazione del somministratore, il numero dei lavoratori oggetto della fornitura, le ragioni per le quali l'utilizzatore ha fatto ricorso alla somministrazione e la durata della stessa<sup>928</sup>. Si tratta di elementi che evidentemente, qualora disciplinati tramite indicazioni di maggior dettaglio provenienti dalla contrattazione collettiva, esulerebbero dalla tradizionale funzione normativa del contratto collettivo volta a fissare le condizioni minime di trattamento economico e normativo dei prestatori di lavoro. Essi appaiono invece elementi funzionali a perseguire l'interesse pubblico ad un corretto funzionamento del mercato del lavoro somministrato, interesse che – nella logica dell'art. 21, comma 2 in commento – può essere perseguito, al tempo stesso, dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Pure per quanto concerne l'elemento indicato dall'art. 21, comma 1, lett. d), riguardante l'obbligo di indicare la presenza di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del prestatore e le misure di sicurezza adottate, pare possibile rilevare come una eventuale disciplina di maggior dettaglio dettata dalla contrattazione collettiva non incida direttamente sul trattamento normativo dei prestatori di lavoro somministrati: la disciplina "sostanziale" che tutela i lavoratori somministrati per i rischi connessi alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro è, infatti, quella dettata dall'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 in cui, appunto, vi è una dettagliata ripartizione degli obblighi in materia fra somministratore e utilizzatore. La previsione dell'art. 21, comma 1 cit. e le eventuali indicazioni specifiche della contrattazione sembrano, invece, svolgere la funzione di rendere maggiormente trasparente il rapporto commerciale fra somministratore e utilizzatore, imponendo al secondo di fare immediatamente chiarezza sui rischi per la salute dei prestatori; solo indirettamente – come si è sopra accennato – tale previsione contribuisce ad assicurare un corretto assolvimento degli obblighi previsti dall'art. 23, comma 4 cit. e, di conseguenza, una esaustiva informazione e formazione del prestatore di lavoro sui rischi cui va incontro.

Pure per quanto concerne le previsioni di cui alle lett. f) e g), riguardanti l'indicazione delle mansioni e dell'inquadramento dei lavoratori, nonché il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative oggetto del contratto di somministrazione, non appare del tutto convincente la tesi citata secondo cui le statuizioni della contrattazione collettiva sul punto possano considerarsi svolgenti direttamente una funzione di regolazione dei contratti individuali di lavoro. Tali previsioni, come si è sopra visto, sono funzionali a garantire un principio di trasparenza del contenuto del contratto di somministrazione: il legislatore ha voluto evitare di lasciare la determinazione dell' "oggetto" del contratto ad una astratta determinabilità ad opera delle parti, o successivamente del giudice. A tal fine, ha imposto alle parti un obbligo di immediata chiarezza sulle caratteristiche dell' "oggetto" del contratto, vale a dire sulla tipologia di prestazione lavorativa pattuita. Questa immediata trasparenza è, a sua volta, ma solo indirettamente, funzionale a una corretta gestione del contratto di lavoro, affinché il somministratore possa esercitare il proprio potere direttivo consistente nell'invio in missione del lavoratore presso l'utilizzatore<sup>929</sup> e possa correttamente adempiere alla obbligazione "accessoria" di comunicare al lavoratore "terzo" quanto pattuito nel contratto di somministrazione, così rendendo tale contratto ad esso opponibile. In tal caso, dunque, la contrattazione collettiva, in evidente assunzione di una

---

<sup>928</sup> Cfr. quanto previsto dall'art. 20, commi 3 e 4 su cui v. Romei, *Art. 20, infra*. Cfr. inoltre quanto stabilito dall'art. 22, comma 2, su cui v. *Art. 22, infra*.

<sup>929</sup> Su cui v. *Art. 22, infra*.

funzione generale, è legittimata ad incidere direttamente nella determinazione del “*quantum* di trasparenza” del contenuto del contratto stipulato tra soggetti normalmente “estranei” al proprio ambito soggettivo di regolazione. Tali previsioni non possono, pertanto, considerarsi immediatamente regolanti il rapporto individuale di lavoro fra agenzia e prestatore: la regolazione “effettiva” delle mansioni, dell’inquadramento, del luogo, dell’orario e del trattamento economico e normativo discenderà unicamente da quanto pattuito nel contratto individuale di lavoro e dalla disciplina legale e contrattuale ad esso applicabile<sup>930</sup>, secondo i principi generali del diritto del lavoro.

Identiche considerazioni possono, infine, essere fatte per quanto riguarda eventuali previsioni specifiche della contrattazione collettiva in relazione alle dichiarazioni di assunzione degli obblighi elencati dalle lett. da *h*) a *k*), del comma 1, dell’art. 21 che devono essere effettuate dal somministratore o dall’utilizzatore<sup>931</sup>. Pure in questo caso, infatti, si tratta di obblighi tesi a regolare il rapporto commerciale tra somministratore e utilizzatore, in relazione ai quale una eventuale disciplina di maggior dettaglio introdotta per via negoziale altro non farebbe che specificare ulteriormente l’assetto contrattuale relativo allo scambio del “bene”/lavoro, rendendo più trasparenti e controllabili all’esterno le modalità dello scambio medesimo.

Non è prevedibile, al momento, se e come la contrattazione deciderà di utilizzare il rinvio operato dalla legge. Non mancano, tuttavia, possibili esempi di previsioni contrattuali di tal genere. In alcuni casi la recente contrattazione si è limitata a ribadire quanto già disposto dai precetti legali sul contenuto del contratto<sup>932</sup>. In altri casi, invece, non è escluso che dalla disciplina contrattuale possano derivare obblighi più stringenti per le parti del contratto commerciale: in alcuni contratti recentemente stipulati, infatti, è possibile rinvenire una dettagliata elencazione dei casi e delle ragioni nelle quali è ammesso il ricorso alla somministrazione di lavoro (soprattutto a tempo determinato)<sup>933</sup> o, come si è sopra visto, una regolamentazione limitativa della durata del contratto di somministrazione e/o del numero e della durata massima delle proroghe<sup>934</sup>; in virtù di tali disposizioni è per esempio ipotizzabile che, nei confronti delle parti stipulanti, possa discendere un obbligo di ulteriore specificazione delle ragioni di ricorso alla somministrazione previste dall’art. 21, comma 1, lett. *c*), nel senso che non possa ritenersi sufficiente una indicazione generica di tali

<sup>930</sup> Alla luce, in particolare, del principio di parità di trattamento e di quanto previsto dall’art. 23 del medesimo decreto.

<sup>931</sup> Su cui v. *infra*, par. 2.1.

<sup>932</sup> Cfr. Ccnl Edili (cooperative) del 24.5.2004 che all’art. 30 bis C, all. 11, ribadisce che «il contratto di somministrazione, oltre agli altri elementi prescritti per legge, deve sempre contenere l’indicazione della presenza di eventuali rischi per l’integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate». Per una recente ricognizione della contrattazione collettiva in tema di somministrazione dopo il d.lgs. n. 276 cfr. Bonati, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, in *Contr. e Contr. Coll.*, 2004, n. 8-9, p. 102 ss.

<sup>933</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, Ccnl Edili (cooperative), sopra citato, secondo cui la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa in una serie specifica di casi ivi elencati (quali ad es. punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall’acquisizione di nuovi lavori; esecuzione di un’opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale; impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell’impresa, ecc.).

<sup>934</sup> V. *infra* nota 27.



ragioni, ma debba essere specificata una delle ipotesi elencate in dettaglio dalla contrattazione<sup>935</sup>. In quest'ultimo esempio, si evidenzia la doppia funzione esercitabile della contrattazione collettiva: quella specificativa delle fattispecie di ricorso alla somministrazione a tempo determinato allo scopo di autorizzazione (non formalmente prevista dalla legge, ma della quale tale fonte è libera di appropriarsi); e quella di accentuazione degli obblighi di trasparenza, direttamente devoluta dalla legge, allo scopo di agevolare l'esercizio del controllo da parte del lavoratore somministrato.

Una copiosa serie di esempi di possibili interventi specificativi del contenuto del contratto di somministrazione da parte della contrattazione collettiva sono poi, indirettamente, rinvenibili nel Ccnl delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo stipulato nel vigore della l. n. 196 del 1997. In tale contratto numerose sono infatti le previsioni integrative della disciplina legale in materia di elementi che dovevano essere formalizzati nel "vecchio" contratto di prestazioni di lavoro temporaneo: oltre alle indicazioni prescritte dalla disciplina legale era ad esempio necessario indicare gli estremi del versamento e della banca presso la quale l'agenzia avesse effettuato il deposito cauzionale previsto dalla legge, nonché dove fosse stata accesa la fideiussione, il referente nell'impresa utilizzatrice, l'indicazione, in dettaglio, delle singole voci del trattamento retributivo spettante al lavoratore, il riferimento al Ccnl e al contratto integrativo di secondo livello, ove esistente, applicato dall'utilizzatore, ecc.<sup>936</sup>. Alla luce della nuova disciplina e dello specifico rinvio operato dalla legge alla contrattazione collettiva sulla possibilità di specificare gli elementi che devono essere indicati per iscritto nel contratto di somministrazione non è escluso, dunque, che la futura contrattazione, soprattutto quella della categoria cui appartengono le agenzie per il lavoro, possa ampiamente usufruire di tale delega. Sulla scorta della precedente esperienza, è possibile che, soprattutto in considerazione della scomparsa del requisito della forma scritta del contratto di lavoro, la contrattazione decida di integrare direttamente il contenuto del contratto di somministrazione con gli elementi sopra citati o con nuovi elementi che, in futuro, dovesse ritenere necessario introdurre a garanzia di un più trasparente funzionamento del mercato del lavoro somministrato<sup>937</sup>.

Per quanto sopra rilevato, può ritenersi che in virtù del rinvio disposto dalla disposizione in commento le parti sociali siano abilitate a integrare la disciplina legale fissando «limiti, per così dire, *ex novo* all'esercizio dei poteri imprenditoriali»<sup>938</sup> nel momento della stipula del contratto commerciale di somministrazione. La *ratio* del rinvio è dunque quella di consentire una disciplina di dettaglio di un determinato mercato del lavoro data la potenziale maggiore adeguatezza della

<sup>935</sup> Sul punto cfr. però la Circolare del Ministero del lavoro n. 7 del 22 febbraio 2005 secondo cui «in presenza di una ragione oggettiva come indicata dall'art. 20, comma 4, del decreto sarà sempre possibile la stipulazione di un contratto di somministrazione di lavoro anche nelle ipotesi in cui i contratti collettivi si siano limitati a normare e esplicitare solo le ipotesi temporanee che consentono la somministrazione a tempo determinato. Né può valere in contrario richiamare l'art. 21, comma 2 (...), tale disposizione infatti fa chiaramente riferimento a ciò che i contratti collettivi *possono* regolamentare e dunque non alle ragioni oggettive a fronte delle quali è ammissibile la somministrazione».

<sup>936</sup> Cfr. l'art. 17 del Ccnl del 23.11.2002 per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo.

<sup>937</sup> Sulle «funzioni plurime» svolte dal sindacato «non ultima di regolazione di rilevanti interessi pubblici e generali» cfr. Caruso, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 53/2005, p. 15 ss.

<sup>938</sup> Su tale tipologia di rinvii legali v. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 56 ss.

contrattazione a specificare particolari circostanze, che la rigidità dello strumento legislativo potrebbe non essere in grado di cogliere fino in fondo. Definita così la natura del rinvio non può non condividersi l'opinione secondo cui da questo debba discendere una efficacia generalizzata della regolazione disposta dall'autonomia collettiva: le disposizioni contrattuali disciplinanti tali profili debbono considerarsi quali «veri e propri atti normativi, che dettano una disciplina, in positivo, destinata ad affiancarsi a quella dettata dalla legge e a integrare stabilmente (con la stabilità che può avere il contratto) il contenuto di quest'ultima»<sup>939</sup>.

La conclusione cui si è giunti lascia ovviamente impregiudicata la difficoltà e le numerose perplessità derivanti dal confrontarsi con una disposizione, come quella in commento, che opera un rinvio alla contrattazione dai contorni tanto indeterminati, sintomatico, forse, di una evidente frettosità del legislatore nella stesura del decreto e/o di una sottovalutazione dell'importanza della delega alla contrattazione di una funzione di regolazione del mercato del lavoro di tale rilevanza, così confermando la tendenza secondo cui, già negli anni '90, al progressivo «sovraccarico di funzioni regolative che la legge affida alla contrattazione collettiva di diritto comune non è corrisposto una assunzione di responsabilità regolativa della funzione di rappresentanza»<sup>940</sup>.

### 3. La comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione

L'art. 21 del d.lgs. n. 276, che - come si è visto - è interamente dedicato ai requisiti formali del contratto di somministrazione, al comma 3 prevede uno specifico obbligo del somministratore di comunicare al prestatore per iscritto, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore, tutte le informazioni che devono essere contenute nel contratto di somministrazione, secondo quanto previsto dal comma 1 sopra analizzato, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore medesimo. Per la violazione di tale obbligo, l'art. 18, comma 3, prevede, a carico del solo somministratore, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Per quanto riguarda i contenuti oggetto della comunicazione al lavoratore, pare innanzitutto doversi rilevare come, sebbene la disposizione faccia esplicitamente riferimento solo alle «informazioni di cui al comma 1», le informazioni che devono essere fatte oggetto dell'apposita comunicazione non siano soltanto quelle espressamente prescritte in tale comma: oggetto della comunicazione devono infatti essere considerati tutti gli elementi concretamente inseriti nel contratto di somministrazione, siano essi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva intervenuta, ai sensi del comma 2 sopra analizzato, a integrare il precetto legale.

Secondo quanto stabilito dalla disposizione citata, pare inoltre che oggetto della comunicazione debba essere sia «la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione» (ex art. 21, comma 1, lett. e), sia «la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa» che il prestatore ricevente la comunicazione è chiamato a svolgere presso l'utilizzatore. Non è, invece, oggetto della citata comunicazione la durata del contratto di lavoro fra l'agenzia e il lavoratore: tale contratto, come si vedrà ex art. 22 del decreto, può essere stipulato a tempo indeterminato

<sup>939</sup> Liso, *Autonomia collettiva*, cit., p. 67.

<sup>940</sup> Così Caruso, *Verso un insolito (evitabile?) destino*, cit., p. 16, secondo cui «Il sistema di contrattazione ha assunto quella 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».

o a termine e, in quest'ultimo caso, secondo quanto previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 applicabile in virtù dell'espresso rinvio ad esso operato dalla legge, l'apposizione del termine deve risultare, direttamente o indirettamente, da atto scritto.

Tale previsione sembra così confermare l'interpretazione secondo la quale la nuova disciplina non presupponga una correlazione, né tipologica, né temporale, necessaria fra il contratto di somministrazione, il contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione e l'invio in missione, di fatto consentendo al somministratore di fare fronte agli obblighi contrattualmente assunti con il contratto di somministrazione, sia esso a tempo indeterminato o a termine, con un lavoratore che a sua volta può essere assunto a tempo indeterminato o a termine<sup>941</sup>.

In generale, pare possibile evidenziare come l'informativa dovuta al lavoratore ai sensi della disposizione in commento abbia contenuti diversi, ma pure una differente funzione, rispetto all'obbligo di informazione cui il datore di lavoro è tenuto secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 152 del 1997, con cui si è dato attuazione nell'ordinamento interno alla direttiva comunitaria n. 91/533/CE. Nell'informativa *ex art. 21*, comma 3, mancano – rispetto alle informazioni elencate dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 152 cit. – una serie di elementi strettamente riguardanti il rapporto di lavoro (come, appunto, la durata dello stesso, la durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore, la durata dell'eventuale periodo di prova, ecc.), mentre sono oggetto di comunicazione elementi non previsti dalla disciplina di recepimento della direttiva comunitaria (quali, ad esempio, gli estremi dell'autorizzazione, le ragioni della somministrazione, i vari obblighi che le parti reciprocamente si assumono, ecc.). Tale differenza di contenuti appare sintomatica, ad avviso di chi scrive, di una differente funzione svolta dai due obblighi di informazione citati. Mentre, infatti, l'informazione per iscritto prevista dal d.lgs. n. 152 – cui comunque l'agenzia datrice di lavoro è obbligata nei confronti del lavoratore assunto al fine di essere inviato in missione – è strumentale a realizzare una piena giustiziabilità dei diritti del lavoratore e delle condizioni applicabili al contratto di lavoro, oltre che una maggiore trasparenza nella fase negoziale<sup>942</sup>, scopo della comunicazione al lavoratore prevista dall'art. 21, comma 3, è invece – come si vedrà meglio nelle pagine che seguono – soprattutto quello di realizzare una estensione degli effetti del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore estraneo a tale contratto<sup>943</sup>.

Pure in virtù di quanto sopra rilevato, non appare del tutto condivisibile l'osservazione secondo cui la disposizione di cui al comma 2 risulterebbe eterogenea rispetto alle restanti previsioni dell'art. 21, «non riguardando il rapporto fra il somministratore e l'utilizzatore, ma il rapporto di lavoro»<sup>944</sup>. Se, da una parte, è evidente che tramite la citata disposizione il legislatore abbia disciplinato un aspetto peculiare del rapporto che si instaura fra il somministratore e il lavoratore, «procedimentalizzando» l'esercizio del potere dell'agenzia di invio in missione del lavoratore, dall'altra, è però anche vero che l'obbligo di comunicazione in questione debba ritenersi direttamente scaturente dal contratto di somministrazione, essendo questo funzionale alla realizzazione

---

<sup>941</sup> Su tali questioni si rinvia all'Art. 22, *infra*.

<sup>942</sup> Così Rivara, *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 133 ss. Sul punto v. pure Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, p. 593.

<sup>943</sup> Ciò non toglie che i due obblighi di informativa possano essere assolti contemporaneamente attraverso un unico documento scritto contenente sia le informazioni prescritte dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 1997, sia le indicazioni previste dall'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003.

<sup>944</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 339.

dell'operazione economica voluta dalle parti che hanno stipulato il contratto di somministrazione medesimo. Uno stretto collegamento fra il citato obbligo di comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione, posto *ex lege* a carico del somministratore, e il contratto di somministrazione medesimo discende, ad avviso di chi scrive, non solo dall'interpretazione sistematica del comma 3 dell'art. 21, dedicato – lo si ricorda – alla «forma del contratto di somministrazione», con il resto delle disposizioni ivi contenute, ma più in generale dall'analisi della *ratio* dell'operazione economica sottesa alla fattispecie contrattuale in commento e dai principi generali in materia di contratti dettati dal codice civile.

### 3.1. Ratio dell'operazione economica, collegamento negoziale e funzione della comunicazione al lavoratore

Al fine di comprendere meglio la funzione svolta, nell'ambito dei rapporti fra il somministratore e l'utilizzatore, dall'obbligo di comunicazione in questione è necessario premettere alcune brevi considerazioni sistematiche. Con il contratto di somministrazione di lavoro, come già in precedenza con il contratto di fornitura di lavoro temporaneo, si è ammessa nel nostro ordinamento l'utilizzazione indiretta delle energie lavorative. Con il contratto di somministrazione, l'utilizzatore *vuole* che un dato lavoratore sia ad esso subordinato, ma *non vuole* essere titolare del relativo rapporto di lavoro. Il contratto di somministrazione crea pertanto uno "schermo legale" che impedisce l'instaurazione, altrimenti connaturale, di un rapporto di lavoro subordinato fra il lavoratore e colui il quale lo dirige e ne utilizza la prestazione. Al fine di consentire la realizzazione di tale effetto, il legislatore ha tipizzato una specifica fattispecie negoziale che presuppone un necessario collegamento con un altro contratto, quello di lavoro stipulato fra agenzia e lavoratore<sup>945</sup>. Postulando tale collegamento il legislatore, «scardinando uno dei tradizionali capisaldi giuslavoristici»<sup>946</sup>, ha così descritto gli effetti che dalla prestazione dovuta dal somministratore nei confronti dell'utilizzatore derivano in capo ai *terzi-lavoratori*<sup>947</sup> che «per tutta la durata della somministrazione (...) svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

Nel vigore delle l. n. 196, la dottrina si è a lungo soffermata sulla verifica della sussistenza di un collegamento negoziale fra il contratto di fornitura e il contratto di lavoro, nonché sulla natura e sugli effetti da questo prodotto<sup>948</sup>. Nella ricostruzione della nuova fattispecie contrattuale delineata nel d.lgs. n. 276 pare, tuttavia, che le conclusioni cui era giunta in proposito la dottrina

<sup>945</sup> In proposito cfr. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 291 ss. che, in generale, ritiene «sbagliato parlare di collegamento necessario se con questo si intende dire che il contratto fra somministratore e utilizzatore postuli la stipulazione di uno o più contratti di lavoro specificamente destinati alla sua esecuzione, o viceversa».

<sup>946</sup> Perulli, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p. 241.

<sup>947</sup> Chieco, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 96.

<sup>948</sup> La letteratura sul punto è imponente. Solo a titolo esemplificativo si rinvia a Perulli, *Profili del collegamento*, cit., p. 237 ss.; Corazza, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 51 ss.; Speciale, *La struttura del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 289 ss.; Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Cedam, Torino, p.175 ss.; Romei, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in Liso, Carabelli (a cura di) *Il lavoro temporaneo*, Franco Angeli Milano, 1999, p. 101 ss.; Del Punta, *La "fornitura di lavoro temporaneo" nella l.n. 196/1997*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, p. 198 ss.; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 202 ss.; Mazzotta, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi intorno alla natura giuridica*

debbano essere riviste alla luce del nuovo assetto contrattuale e del tentativo di *normalizzazione* del contratto di lavoro posto in essere dal legislatore<sup>949</sup>. Nella l. n. 196, infatti, sia il contratto di fornitura, sia il contratto di lavoro, nascevano come negozi necessariamente e funzionalmente (oltre che geneticamente, nel caso di contratto di prestazione a tempo determinato) collegati: la legge, vale a dire, collegava necessariamente i due contratti sia per quanto riguardava la loro funzione, sia per gli effetti da essi derivanti<sup>950</sup>.

Nella nuova disciplina, invece, mentre il contratto di somministrazione continua a essere caratterizzato, per la sua concreta realizzazione, dal necessario collegamento con un contratto di lavoro, quest'ultimo, con la scomparsa del requisito della forma scritta e con la completa riconduzione alla disciplina del codice civile e delle leggi speciali disposta dall'art. 22 del decreto, si configura, almeno *apparentemente*, come un "normale" contratto di lavoro, il quale, per volontà dell'agenzia-datrice di lavoro e tramite l'esercizio di un potere direttivo dai connotati peculiari, viene collegato<sup>951</sup> al contratto di somministrazione e, dunque, finalizzato a realizzare l'operazione economica a questo sottesa.

Il nuovo assetto contrattuale sembra così delineare una sorta di *collegamento asimmetrico* fra il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro: dal punto di vista del contratto di somministrazione esso si presenta come un collegamento *necessario unilaterale*<sup>952</sup> presupposto dalla stessa legge per la realizzabilità del suo scopo tipico; dal punto di vista del contratto di lavoro esso si configura, invece, come un collegamento *volontario*, realizzato, vale a dire, per volontà delle parti che – in ciò autorizzate dalla legge – fanno sì che il citato contratto di lavoro, «oltre che al conseguimento del suo scopo tipico, venga adibito a rendere possibile un ulteriore scopo proprio di un altro e separato contratto»<sup>953</sup>.

Nel tipizzare il nuovo contratto di somministrazione, in cui il collegamento *necessario* con un contratto di lavoro è – come si è detto - un elemento strutturale del contratto stesso, il legislatore ha ritenuto di imporre *ex lege* una esplicita obbligazione "accessoria" a carico del somministratore: questi non sarà obbligato esclusivamente a mettere a disposizione dell'utilizzatore uno o più lavoratori, così consentendo a questo di poter conformare la prestazione lavorativa, ma sarà anche tenuto a rendere nota al lavoratore coinvolto la sussistenza dello "schermo legale" pattuito fra le due imprese, il quale impedisce che il lavoratore medesimo possa ritenersi assunto *direttamente*

del lavoro temporaneo), in Riv. It. Dir. Lav., 1998, p. 181 ss.; Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., p. 199 ss.; Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 292 ss.

<sup>949</sup> Ritiene invece sostanzialmente immodificati, rispetto alle ricostruzioni dottrinali poste in essere nella vigenza della l. n. 196, i termini del collegamento fra i due contratti Speciale, Art. 20, cit., p. 304 ss.

<sup>950</sup> Sulle varie tipologie di negozi collegati "necessariamente" cfr. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in Enc. Dir., VII, Milano, 1960, p. 378.

<sup>951</sup> Il collegamento fra i due contratti è sottolineato pure dalla Circolare del Ministero del lavoro n. 7 del 22 febbraio 2005.

<sup>952</sup> Sulla possibile *unilateralità* del collegamento v. Messineo, *Contratto collegato*, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, p. 50.

<sup>953</sup> Messineo, *Contratto collegato*, cit., p. 48. Nel vigore della l. n. 196 del 1997, invece, in cui - lo si ricorda - il contratto di prestazioni di lavoro temporaneo era caratterizzato da una apposita e specifica disciplina legale dalla quale immediatamente emergeva il collegamento necessario fra tale contratto e quello di fornitura, la possibilità di ricondurre la fattispecie alla nozione di "collegamento volontario" era, in maniera condivisibile, esclusa da Maresca, *Il contratto di fornitura*, cit., p. 176, e soprattutto Perulli, *Profili del collegamento*, cit., p. 239 ss.

dall'impresa che lo utilizzerà. Per realizzare tale effetto, il legislatore ha dunque imposto al somministratore una «modalità vincolata di comunicazione degli atti»<sup>954</sup> avente, appunto, la funzione di portarli a conoscenza dei terzi altrimenti all'oscuro di quanto pattuito nel contratto di somministrazione. Senza tale comunicazione, secondo il principio di relatività del contratto sancito dall'art. 1372 del cod. civ., il contratto di somministrazione dovrebbe considerarsi produttivo di effetti solo nei confronti delle parti stipulati, non producendo effetto alcuno nei confronti dei terzi. In virtù della comunicazione al lavoratore prescritta dall'art. 21, comma 3 in commento, invece, il somministratore – adempiendo ad un obbligo derivante dal contratto di somministrazione - rende noto al lavoratore la propria volontà di finalizzare quel contratto di lavoro alla realizzazione dell'operazione economica sottesa ad un contratto di somministrazione di cui si comunicano al lavoratore gli elementi essenziali, così collegando funzionalmente i due contratti<sup>955</sup> e rendendo “opponibile” al lavoratore “terzo” quanto pattuito nel contratto di somministrazione medesimo.

Oltre alla funzione sopra descritta, deve infine essere rilevato come l'obbligo di una completa informazione al lavoratore sui contenuti del contratto di lavoro debba pure considerarsi funzionale a rendere effettiva la possibilità del prestatore di verificare – ex art. 27 del decreto - la regolarità della somministrazione in cui è coinvolto e, dunque, la legittimità dello “schermo legale” creato dalle parti del contratto commerciale per realizzare la dissociazione fra il titolare del rapporto e l'utilizzatore della prestazione.

### 3.2. Le possibili conseguenze della mancata informazione

Premessa la funzione della comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione, prevista nell'art. 21, comma 3, occorre adesso soffermarsi brevemente sull'analisi delle possibili conseguenze derivanti in capo al somministratore e/o all'utilizzatore nel caso in cui il soggetto a ciò obbligato ometta tale comunicazione o fornisca al lavoratore informazioni errate e/o incomplete.

Come si è sopra accennato, per la violazione di tale obbligo, l'art. 18, comma 3, prevede, a carico del solo somministratore, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre nulla è disposto per quanto concerne l'utilizzatore.

A tal proposito, fra i primi commentatori ci si è interrogati sulla possibilità di riferire la disposizione di cui al comma 4, dell'art. 21 (su cui v. oltre par. 4), in base al quale «in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore», non «solo ai vizi di forma del contratto di somministrazione, ma anche a

<sup>954</sup> Su cui v. Giorgianni, *Forma degli atti*, cit., p. 1001.

<sup>955</sup> Cfr. Speciale, *Art. 20*, cit., p. 304, secondo cui tale disposizione è indubbiamente quella che nella nuova legge mette maggiormente in evidenza l'esistenza di un collegamento negoziale fra il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro, dimostrando come vi sia una correlazione strutturale fra i due contratti, «perché il lavoratore deve avere cognizione delle caratteristiche della somministrazione che egli è destinato a soddisfare con la propria prestazione che trova fondamento nel rapporto di lavoro a termine o a tempo indeterminato». Si rinvia, inoltre, al medesimo autore (p. 306 ss.) per l'analisi dei potenziali effetti del collegamento negoziale, in relazione ai quali deve ritenersi completamente derogato il principio civilistico secondo cui le vicende relative a uno dei due contratti collegati si riflettono necessariamente sull'altro.

quelli del contratto di lavoro o dell'informazione dovuta al lavoratore», non escludendosi la possibilità di una interpretazione estensiva del comma 4 dell'art. 21 cit. anche all'ipotesi di mancata comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione<sup>956</sup>.

Tale soluzione interpretativa, seppur sicuramente idonea a tutelare il lavoratore contro eventuali inadempienze degli obblighi di informazione ad esso dovuti, non appare tuttavia, ad avviso di chi scrive, del tutto condivisibile dal punto di vista della ricostruzione sistematico-giuridica delle conseguenze connesse all'inadempimento dell'obbligo di informazione previsto dalla disposizione in commento.

Come si è sopra visto, la funzione principale della citata comunicazione appare riconducibile all'esigenza di estendere gli effetti del contratto di somministrazione nei confronti dei lavoratori "terzi" inviati in missione presso l'utilizzatore. Se questa è la funzione preminente della comunicazione prevista dall'art. 21, comma 3, pare allora potersi ritenere che la conseguenza di una eventuale mancanza di essa non sia la nullità del contratto di somministrazione, legittimamente e correttamente stipulato dalle parti secondo quanto previsto dal comma 1 e 2, dell'art. 21 sopra analizzato, ma sia la *inefficacia* di tale contratto nei confronti del lavoratore "terzo". La mancanza della citata comunicazione al lavoratore farà, dunque, sì che a questo sarà inopponibile lo "schermo legale" creato con il contratto di somministrazione.

L'*inefficacia* del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore deve, ovviamente, considerarsi gravida di conseguenze secondo i principi generali del diritto del lavoro, nonché del diritto civile in materia di responsabilità contrattuale.

L'*inefficacia* del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore comporterà, innanzitutto, che il prestatore coinvolto nell'operazione economica si troverà, senza che su a questo sia opponibile lo "schermo legale" pattuito fra l'agenzia e l'utilizzatore, a essere *di fatto* stabilmente inserito nel contesto organizzativo-aziendale dell'utilizzatore che *vuole* acquisire le sue energie lavorative: l'utilizzatore sarà il destinatario del risultato atteso dalla prestazione lavorativa ed eserciterà nei confronti del lavoratore il potere direttivo e di controllo sulla prestazione lavorativa finalizzata, appunto, al soddisfacimento di un proprio interesse. Il lavoratore, dunque, si ritroverà, al tempo stesso, nella complicata situazione di essere legittimamente assunto dall'agenzia che eserciterà nei suoi confronti un potere dispositivo, oltre che il potere disciplinare, ma pure di essere *di fatto* subordinato, utilizzato, diretto e controllato da un altro imprenditore<sup>957</sup>. Al verificarsi di tale situazione, il problema principale sarà così quello di inquadrare a quale fattispecie giuridica possa essere ricondotto il rapporto di fatto venutosi a creare fra utilizzatore e lavoratore, ed in particolare se, a seguito della inefficacia dello "schermo legale" costituito dal contratto di somministrazione, tale situazione possa ritenersi integrare gli estremi della fattispecie normativa di cui all'art. 2094 cod. civ.

---

<sup>956</sup> V. Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione*, cit., p. 133, che non esclude tale possibilità per quanto riguarda sia i vizi di forma della comunicazione al lavoratore, sia la mancata apposizione del termine al contratto di lavoro (su tale ultima evenienza v. *Art. 22, infra*).

<sup>957</sup> *Contra* v. però Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 182 secondo cui «alla "direzione" e al "controllo" dell'impresa utilizzatrice non corrispondono poteri di decisione i quali restano unicamente nella fornitrice, come titolare esclusivo dell'interesse soddisfatto dal contratto di lavoro e nei termini che ordinariamente caratterizzano il potere disciplinare. L'assenza di autonomia decisionale conferma quindi che l'utilizzatore si avvale di prestazioni di lavoro *senza* i poteri tipici del contratto di lavoro».



La questione, come è ovvio, apre le porte all'interpretazione giurisprudenziale che, in ipotesi di questo tipo, potrebbe trovarsi di fronte alla necessità di dover procedere all'accertamento della subordinazione secondo criteri ordinatori e selettivi in parte già ampiamente sperimentati, in parte del tutto nuovi.

La valutazione *tipologica* della realtà giuridica considerata dovrà pertanto verificare se e in che modo elementi quali l'inserimento del prestatore nel contesto organizzativo produttivo dell'impresa utilizzatrice, l'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte di detta impresa sulla prestazione lavorativa<sup>958</sup>, nonché l'assoggettamento della prestazione medesima all'organizzazione aziendale dell'utilizzatore<sup>959</sup>, siano – come pare doversi ritenere – elementi sufficienti a integrare gli estremi di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato instauratosi fra l'utilizzatore e il prestatore o se, invece, l'assoggettamento al potere dispositivo anche di un altro legittimo datore di lavoro (l'agenzia), titolare anch'egli di un interesse sulla prestazione lavorativa, nonché del potere disciplinare, siano di per sé elementi sufficienti ad escluderlo<sup>960</sup>.

Nell'ipotesi in cui il somministratore ometta di comunicare al lavoratore-terzo i contenuti del contratto di somministrazione rendendo tale pattuizione *inefficace* nei suoi confronti con le conseguenze sopra ipotizzate in termini di instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'utilizzatore, sarà ovvio ritenere che il somministratore medesimo dovrà essere ritenuto civilmente responsabile per i danni provocati all'utilizzatore a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione ad esso imposta dall'art. 21, comma 3.

Nel concludere l'analisi sulle possibili conseguenze della inopponibilità del contratto di somministrazione al lavoratore, pare opportuno, infine, accennare al problema del se l'ordinamento – al fine di evitare gli effetti sopra descritti – consenta alle parti del contratto di somministrazione la possibilità di dimostrare che il lavoratore, a prescindere dalla comunicazione, abbia comunque avuto una conoscenza *di fatto* della pattuizione esistente fra il somministratore e l'utilizzatore. A proposito delle «modalità vincolate di comunicazione degli atti» aventi la funzione di portarli a conoscenza dei terzi, una parte della dottrina civilistica ha ritenuto di poter giungere alla conclusione secondo cui «allorché si tratti di una modalità imposta dalla legge la sua mancanza non rileva ove la conoscenza sia stata altrimenti raggiunta»<sup>961</sup>. Secondo tale interpretazione, dunque, potrebbe ritenersi consentito all'utilizzatore e/o al somministratore provare che il lavoratore

<sup>958</sup> Sul riconoscimento giuridico del potere direttivo e di controllo quale *ratio* prevalente dell'intervento protettivo nella recente legislazione in materia di lavoro subordinato v. De Luca Tamajo, *Subordinazione e potere direttivo oggi*, Relazione al Convegno "Nuovi lavori e tutele", Napoli, 28-29 gennaio 2005.

<sup>959</sup> Per una valorizzazione di tale elemento della fattispecie di cui all'art. 2094 del cod. civ. v., soprattutto, Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 1136 ss.

<sup>960</sup> Se è vero, come scrive Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 167 che, nel vigore della l. n. 1369 del 1960, «l'interposizione ingiustificata anziché arricchirne il contenuto *cancella(va)* il problema della subordinazione», nel nuovo quadro legale sopra delineato pare doversi ritenere che molti degli interrogativi posti dalla stessa autrice siano destinati ad acquisire valore centrale nell'interpretazione della nuova fattispecie. Cfr. in particolare (p. 173 e i riferimenti bibliografici ivi citati) l'interrogativo sul se «il fatto che il somministratore rimane estraneo allo svolgimento materiale della prestazione di lavoro e si limita ad ordinare al lavoratore di porsi a disposizione del somministrario ed eseguire le disposizioni da questo impartite e il fatto che è l'utilizzatore che esercita, nei confronti del lavoratore stesso, i poteri che normalmente competono al datore di lavoro costituisce una caratteristica non qualificante o un elemento incompatibile con lo schema legale tipico del contratto di lavoro subordinato».

<sup>961</sup> Giorgianni, *Forma degli atti*, cit., p. 1001.



fosse a conoscenza del fatto di non essere stato assunto direttamente dall'impresa utilizzatrice, ma solo di essere stato inviato in missione presso questa da parte dell'agenzia.

Tale interpretazione, che di fatto svaluta il ruolo della forma scritta imposta alla comunicazione, non appare tuttavia condivisibile in relazione agli interessi e ai beni tutelati nella fattispecie in oggetto. Il portare a conoscenza di un terzo, il lavoratore, il contenuto del contratto di somministrazione costituisce, infatti, lo scopo della comunicazione, il quale, dal punto di vista normativo, ha assoluta autonomia, sottostando ad uno specifico regime in cui «la forma, dettata dal legislatore, non è uno tra i mezzi idonei a raggiungere lo scopo, e perciò fungibile e surrogabile: è l'unico ed esclusivo mezzo, sicché mancando essa, manca e fallisce anche lo scopo»<sup>962</sup>. Rispetto agli interessi in gioco nell'operazione economica sottesa al contratto di somministrazione che, frantumando la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 del cod. civ., coinvolgono la persona e la dignità del lavoratore, non pare dunque che la forma scritta imposta per la comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione possa considerarsi funzionale a confezionare una semplice prova utilizzabile in un futuro giudizio, dovendo invece tale forma intendersi quale strumento offerto dall'ordinamento alle parti a garanzia della incontestabilità delle situazioni giuridiche.

#### 4. Requisiti formali, contenuti e nullità del contratto di somministrazione

Chiude l'art. 21, la previsione secondo cui «in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore» (comma 4)<sup>963</sup>. Tale formulazione è frutto di una modifica all'originario art. 21 del d.lgs. n. 276 apportata dall'art. 5, comma 1, del d.lgs., cd. "correttivo", 6 ottobre 2004, n. 251, che ha eliminato nel testo della disposizione sopra citata lo specifico riferimento all'«indicazione degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) del comma 1»<sup>964</sup>.

Prima della modifica appena citata, parte della dottrina aveva ritenuto che la *ratio* della differenziazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata indicazione degli elementi elencati dall'art. 21, comma 1, per alcuni dei quali (lett. a), b), c), d) ed e) era prevista la nullità oltre che l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria stabilita dall'art. 18, comma 3 a carico di entrambe le parti del contratto di somministrazione, mentre per altri (lett. dalla f) alla k) era prevista solo l'applicazione di quest'ultima sanzione amministrativa pecuniaria, fosse riconducibile all'intento del legislatore di distinguere, all'interno dell'art. 21, disposizioni caratterizzate dal requisito della inderogabilità e disposizioni che invece presupponevano la possibilità di una «de-

<sup>962</sup> Così Irti, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 72 ss. a proposito delle «modalità vincolate di comunicazione».

<sup>963</sup> Sulla differenza fra l'art. 21, comma 4 e l'art. 27, comma 1 del decreto v. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il lavoro*, Milano, 2004, p. 195 ss., secondo cui «l'unico modo per non pensare a una ridondanza consiste nel ritenere il primo riferito alle ipotesi di carenza di forma dei contenuti prescritti (vizi genetici), mentre il 27, comma 1, alle violazioni dei limiti e delle condizioni cui quei requisiti alludono (vizi funzionali)». In proposito v. pure Salimbeni, *Art. 27, infra*.

<sup>964</sup> L'originaria formulazione dell'art. 21, comma 4, prevedeva infatti che «in mancanza di forma scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) del comma 1, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore».

rogabilità onerosa». Rispetto a queste ultime, cioè, la violazione della norma che prevede la necessaria presenza di taluni elementi nel contratto di somministrazione non avrebbe prodotto l'effetto di inficiare l'atto di autonomia contrattuale, comportando soltanto una sanzione pecuniaria (avente funzione dissuasiva e repressiva dal punto di vista economico) che, in qualche misura, rappresentava il «costo» della deroga convenzionale<sup>965</sup>. A ben guardare, tuttavia, gli elementi dell'art. 21, comma 1, per la mancanza dei quali non era *espressamente* prevista la nullità del contratto, la stessa dottrina non aveva mancato di evidenziare come il carattere inderogabile di taluni di essi, seppur non menzionati dal comma 4, dell'art. 21, potesse comunque ritenersi ricavabile da altre disposizioni presenti nel sistema<sup>966</sup>.

La nuova formulazione del comma 4, dell'art. 21 propone all'interprete un nuovo scenario interpretativo delle conseguenze sanzionatorie connesse al mancato rispetto dei requisiti formali previsti nel comma 1, dell'art. 21 sopra analizzati. I primi commentatori hanno immediatamente messo in evidenza come la disposizione potrebbe essere interpretata sia nel senso di un «alleggerimento dei requisiti formali»<sup>967</sup>, cioè nel senso di ritenere non più indispensabile, ai fini della validità del contratto, l'indicazione degli elementi previsti dalle lett. da *a*) a *e*)<sup>968</sup>. Sia «nel senso esattamente opposto, cioè di ritenere che ora tutti gli elementi richiesti dal comma 1 dell'art. 21 - quindi anche quelli dalle lett. *f*) a *k*), oltre che quelli di cui alle lett. da *a*) ad *e*) - devono essere indicati nel contratto a pena di nullità»<sup>969</sup>.

La seconda delle interpretazioni prospettate appare sicuramente, ad avviso di chi scrive, la più aderente alla *ratio* delle prescrizioni sulla forma contenute nell'art. 21 in commento. Come si è sopra visto (par. 1), il legislatore, attraverso la descrizione di un contenuto tipico del contratto di somministrazione, «sigillato» dalla prescrizione della forma scritta, non ha inteso tutelare solo la volontà dei contraenti; con l'imposizione dei requisiti formali descritti si è soprattutto cercato di rendere controllabile all'esterno l'operazione economica pattuita e così garantire un sistema trasparente di scambio del «bene» – il lavoro umano - oggetto del contratto di somministrazione. Sulla scorta di tale *ratio*, avrebbe poco, o per nulla, senso una disposizione che dopo aver imposto una serie di vincoli formali diretti a realizzare un predeterminato assetto del rapporto contrattuale (dei vincoli e delle responsabilità di ciascuna delle parti), idoneo a evitare che lo scambio possa realizzarsi a detrimento dei diritti e degli interessi di un terzo soggetto, la cui prestazione lavorativa costituisce l'oggetto del contratto commerciale, si limitasse poi a richiedere – per la validità del contratto stesso – solo la presenza di una astratta volontà delle parti stipulanti.

<sup>965</sup> Così Speciale, *Art. 20*, cit., p. 300 ss.

<sup>966</sup> Cfr. Speciale, *Art. 20*, cit., p. 300 ss.; Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 50; Bano, *Art. 21*, cit., p. 337.

<sup>967</sup> Bonardi, *Le modifiche del nuovo correttivo al regime dell'intermediazione e della somministrazione*, in *Note Inf.*, 2004, n. 31, p. 14 ss.

<sup>968</sup> Come sembra intendere Miscione, *Il "correttivo" 2004 del D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 7, p. 621. V. pure Fili, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 414.

<sup>969</sup> Bonardi, *Le modifiche del nuovo correttivo*, cit., p. 16 ss. secondo la quale «quest'ultima interpretazione appare preferibile, in quanto il primo comma dell'art. 21 stabilisce espressamente che "il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi ..." per cui il rinvio contenuto nel comma 4 deve intendersi ora riferito all'intero comma 1, con la conseguenza che anche la sola omissione di uno degli elementi in esso indicati determina il vizio di forma e la conseguente costituzione di un rapporto direttamente alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni».

Nella fattispecie contrattuale in commento, la forma, prescritta a pena di nullità del contratto, ha dunque il ruolo di elemento primario del contratto stesso. Forma e contenuto si fondono in un unico elemento che va configurato come «l'intero voluto delle parti inteso in senso oggettivo», e quindi non solo *l'in idem placitum consensus*, ma anche ciò che le fonti di integrazione (legali e contrattuali) hanno prodotto: «il contenuto diviene quindi la descrizione del regolamento contrattuale articolato nelle clausole, nei singoli patti, da cui emergono le prestazioni, i diritti e gli obblighi, in altri termini il piano economico che il contratto è destinato a realizzare»<sup>970</sup>.

Secondo l'interpretazione sopra prospettata, dunque, il d.lgs. "correttivo" n. 251 del 2004 avrebbe prodotto un inasprimento del regime sanzionatorio volto ad assicurare il rispetto dei requisiti formali prescritti dalla legge a garanzia di un trasparente e corretto funzionamento del mercato del lavoro somministrato. La previsione della nullità sancita dal comma 4 in commento in caso di assoluta carenza di forma scritta del contratto di somministrazione lascia, comunque, impregiudicata la possibilità di verificare, secondo i principi generali, quando la mancanza di quali singoli elementi debba considerarsi produttiva di una nullità insanabile e quando invece consenta operazioni di "salvataggio" del contratto, tramite il ricorso al meccanismo dell'integrazione cogente del contratto (ex art. 1374 cod. civ.)<sup>971</sup> o attraverso la sostituzione di diritto delle eventuali pattuizioni nulle con quanto disposto da norme imperative (ex artt. 1339 e 1419 cod. civ.)<sup>972</sup>.

A prescindere dal corretto inquadramento teorico e interpretativo delle conseguenze connesse alla mancata indicazione per iscritto degli elementi del contratto di somministrazione prescritti dall'art. 21, comma 1, va comunque rilevata la sussistenza di una reale possibilità che la disciplina sulle prescrizioni formali sopra analizzata, ivi compresa, la disciplina sanzionatoria di cui al comma 4 del medesimo art. 21 si riveli ineffettiva<sup>973</sup> poiché, di fatto, non controllabile da alcuno.

Nella nuova disciplina, infatti, è venuto meno l'obbligo di trasmissione della copia del contratto di fornitura alla Direzione provinciale del lavoro, in precedenza previsto dall'art. 1, comma 7 della l. n. 196 del 1997, né – come si è visto – l'art. 21 prevede esplicitamente un obbligo di consegna di copia del contratto di somministrazione al lavoratore, nei confronti del quale è stabilito, al comma 3 sopra analizzato, solo un obbligo di informazione sui contenuti del contratto di somministrazione medesimo. Nulla esclude, quindi, che qualora il somministratore adempia correttamente all'obbligo di comunicazione previsto dal comma 3 (magari in base a delle informazione

<sup>970</sup> Le citazioni sono tratte da Alpa, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997, p. 628.

<sup>971</sup> Come nel caso in cui nel contratto ad esempio manchi l'assunzione da parte del somministratore dell'obbligazione del pagamento diretto al lavoratore di quanto ad esso spettante; in tal caso tale mancanza può ritenersi integrata dalla normale previsione secondo cui l'obbligo di pagare la retribuzione nasce dal contratto di lavoro e ha come creditore "naturale" il lavoratore, non già l'utilizzatore (in proposito v. Bano, *Art. 21*, cit., p. 337).

<sup>972</sup> Come, invece, nel caso in cui nel contratto manchi l'assunzione da parte dell'utilizzatore dell'obbligo del pagamento diretto di quanto dovuto al lavoratore, in caso di inadempimento del somministratore; a fronte della mancanza di tale previsione o di una pattuizione diversa opererebbe, infatti, l'integrazione del contratto o la sostituzione automatica della pattuizione nulla con quanto disposto dalla norma imperativa di cui all'art. 23 del decreto secondo cui «l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali». In generale per l'analisi della possibile operatività, nell'art. 21 in commento, dei meccanismi di integrazione del contratto e di sostituzione automatica delle clausole nulle cfr. Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 50 ss.

<sup>973</sup> V. invece Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto*, cit., p. 318 ss. il quale ritiene che il comma 4, dell'art. 21, confrontato con il resto delle disposizioni sanzionatorie prescritte dal decreto, avrebbe addirittura una efficacia pervasiva, producendo il risultato pratico secondo cui «la nullità continua a colpire la quasi totalità dei casi di somministrazione irregolare, ancorché non fraudolenta».

comunicate oralmente dall'utilizzatore), nessun altro soggetto estraneo alle parti stipulanti si trovi, concretamente, a poter verificare se il contratto di somministrazione sia stato realmente stipulato per iscritto con indicazione degli elementi elencati dal comma 1 e 2 dell'art. 21<sup>974</sup>.

Pure al fine di scongiurare interpretazioni che, di fatto, svuotino di significato le previsioni dell'art. 21 in commento, e la *ratio* dei requisiti formali ivi prescritti, non pare escluso che dal sistema normativo complessivamente inteso possa discendere un preciso diritto del lavoratore a ottenere copia del contratto di somministrazione. Si tratterebbe di un diritto funzionale a controllare non solo la corrispondenza fra quanto realmente pattuito e quanto al lavoratore comunicato e, di conseguenza, la concreta sussistenza degli elementi prescritti per la regolarità della somministrazione (*ex art. 27*), ma anche a verificare che le parti del contratto di somministrazione abbiano *effettivamente* rispettato i requisiti formali prescritti dall'art. 21 e, in caso negativo, consentire al lavoratore medesimo di agire in giudizio al fine di far dichiarare – secondo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 21 - la nullità del contratto commerciale e l'accertamento dell'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore.

---

<sup>974</sup> In proposito v. pure Pinto, *La modernizzazione promessa*, cit., p. 56.

## La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004\*

Vito Leccese

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'impatto della nuova disciplina sul sistema previgente. Il problema del 'regresso' delle tutele          | 307 |
| 2. Segue. Il campo d'applicazione della nuova disciplina, le abrogazioni ed il regime sanzionatorio          | 313 |
| 3. La disciplina del tempo di lavoro nel d.lgs. n. 66: tutele legali e ruolo della contrattazione collettiva | 319 |
| 4. La durata <i>normale</i> dell'orario di lavoro settimanale e la sua distribuzione 'multiperiodale'        | 322 |
| 4.1. Le deroghe all'art. 3. In particolare, le occupazioni discontinue e la nozione di "orario di lavoro"    | 325 |
| 5. La durata <i>massima</i> e la durata <i>complessiva media</i> dell'orario settimanale                     | 331 |
| 6. La nuova disciplina dello straordinario                                                                   | 335 |
| 6.1. I nuovi obblighi procedurali per il lavoro straordinario                                                | 338 |
| 7. Le novità in materia di pause, riposi e ferie                                                             | 340 |
| 7.1. Il riposo giornaliero                                                                                   | 340 |
| 7.2. Le pause                                                                                                | 349 |
| 7.3. I riposi settimanali                                                                                    | 351 |
| 7.4. Le ferie                                                                                                | 358 |
| 8. La nuova disciplina del lavoro notturno                                                                   | 361 |
| 9. Riferimenti bibliografici                                                                                 | 366 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 40/2005

## 1. L'impatto della nuova disciplina sul sistema previgente. Il problema del 'regresso' delle tutele

Come noto, con il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, è stata data attuazione, sulla base della delega contenuta nella l. 1° marzo 2002, n. 39 (*Legge comunitaria 2001*), alle direttive n. 93/104/Ce e n. 2000/34/Ce (le quali, peraltro, sono state di recente abrogate e sostituite dalla direttiva "di codificazione" n. 2003/88/Ce, del 4 novembre 2003<sup>975</sup>). Successivamente, con il decreto correttivo n. 213, del 19 luglio 2004, emanato ai sensi dell'art. 1, co. 4, l. n. 39, sono state introdotte modifiche agli artt. 2, 4, 10, 14 e 19, d.lgs. n. 66 e si è provveduto a dettare un apposito regime sanzionatorio (art. 18-bis), senza però alterare l'originario schema regolativo del decreto.

In tal modo, anche nel nostro Paese ha visto la luce un provvedimento 'organico' volto all'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni comunitarie in materia di orario di lavoro, sia pure con un ritardo enorme rispetto ai tempi previsti<sup>976</sup> ed a seguito di una condanna della Corte di giustizia (CGCE 9 marzo 2000, causa C-386/98); e tale adeguamento, è bene precisare, non può comunque considerarsi completo<sup>977</sup>.

Pur senza voler riproporre, in questa sede, le ragioni di tale ritardo e del fallimento dei numerosi tentativi di recepimento compiuti a partire dal 1993<sup>978</sup>, pare comunque utile rammentare che, nel novembre 1997, Confindustria e Cgil-Cisl-Uil avevano sottoscritto un *Avviso comune*, contenente "criteri di recezione della direttiva comunitaria 93/104 in materia di orario di lavoro", il quale, pur non essendo dotato di immediata efficacia normativa, era volto a formalizzare la posizione comune delle parti firmatarie nei confronti del Governo, il quale aveva appunto assunto l'impegno, nel Patto per il lavoro del settembre 1996, di recepire la direttiva n. 104 "secondo quanto stabilito nell'intesa tra le parti sociali".

<sup>975</sup> La dir. n. 2003/88 si è in realtà limitata, "per motivi di chiarezza" ed in considerazione delle modifiche introdotte dalla dir. n. 34, a "codificare" la dir. n. 93 (v. il *considerando* n. 1, dir. n. 88). A tal fine, ha soprattutto introdotto variazioni di struttura dell'articolato, rinumerando parte delle sue previsioni, senza peraltro alterarne in modo significativo i contenuti (v. RICCI G., 2003a; PELISSERO, 2005, pag. 363 s.; MONACO, 2005, pagg. 13-15).

<sup>976</sup> La direttiva n. 104, infatti, stabiliva il termine del 23 novembre 1996, mentre la n. 34 fissava nel 1° agosto 2003 la data per il recepimento delle proprie disposizioni, modificative della precedente. Sul contenuto di queste direttive v. LECCESE, 2001, cap. II ed i rinvii ivi operati (nonché pag. 415 ss., sui principali profili di inadeguatezza del nostro ordinamento rispetto alle loro previsioni), cui *adde* - tra i più recenti - ALLAMPRESE, 2003a, pag. 5 ss.; RICCI G., 2005, cap. II.

<sup>977</sup> Infatti, come espressamente previsto dall'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 66, con quest'ultimo non si era provveduto a dare attuazione né alle direttive n. 1999/63/Ce (orario di lavoro della gente di mare) e n. 2000/79/Ce (orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile), pur ricomprese nella delega contenuta nella l. n. 39/2002, né alla dir. n. 2002/15/Ce (orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto). Queste lacune sono state poi in parte sanate, poiché, dopo una nuova condanna da parte della Corte di Giustizia (CGCE 16 dicembre 2004, causa C-313/03), relativa al mancato recepimento della dir. n. 1999/63, quest'ultima e la dir. n. 2000/79 sono state attuate, rispettivamente, con il d.lgs. n. 108, del 27 maggio 2005 e con il d.lgs. n. 185, del 19 agosto 2005, sulla base della delega contenuta nella l. n. 306, del 31 ottobre 2003 (*Legge comunitaria 2003*). Per quanto attiene, invece, alla dir. 2002/15, essa rientra tra quelle da attuare ai sensi della l. n. 62, del 18 aprile 2005 (*Legge comunitaria 2004*); in quest'ultima legge è altresì contenuta la delega per il recepimento della citata dir. n. 2003/88, la quale, peraltro, proprio per le sue caratteristiche (v. nt. 1), non necessita di un nuovo e specifico intervento del nostro legislatore, salvo - ovviamente - che esso non si riveli necessario per sanare eventuali contrasti già rilevabili tra il dato normativo interno e i contenuti della dir. n. 104 (come modif. dalla n. 34), ora confluiti nella n. 88. Infine, va segnalato che la Corte di giustizia, con sentenza del 28 aprile 2005 (causa C-410/03), ha condannato l'Italia per non aver adottato le disposizioni necessarie per conformarsi agli artt. 3-7, 8, n. 2, e 9, di un'ulteriore direttiva, la n. 1999/95/Ce (concernente l'applicazione delle disposizioni relative all'orario di lavoro della gente di mare a bordo delle navi che fanno scalo nei porti della Comunità).

<sup>978</sup> Su questi profili v., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, pag. 236 ss. e pag. 424 ss., nonché CARABELLI, LECCESE, 2002, parr. 3.1 e 3.2.

Nel testo dell'accordo, tra l'altro, le parti prevedevano, da un lato, che il limite legale dell'orario normale settimanale di lavoro fosse confermato in 40 ore (cfr. già art. 13, co. 1, l. n. 196/1997) e assumevano, quindi, una decisa posizione contro le proposte, che nel frattempo si erano affacciate nel dibattito politico e sindacale, tendenti all'abbassamento di quel limite a 35 ore; dall'altro, non si occupavano affatto dei criteri per il recepimento di una norma 'cardine' nel contesto della direttiva, cioè di quella che prevedeva un limite massimo complessivo (cioè comprensivo dello straordinario), medio (cioè da rispettare su un arco temporale di massimo 4 mesi), di 48 ore settimanali<sup>979</sup>; dall'altro ancora, non si preoccupavano di chiarire che le deroghe proposte nell'accordo, e relative alle norme sui riposi giornaliero e settimanale, dovessero soggiacere alla condizione che ai lavoratori fossero comunque "accordati periodi equivalenti di riposo compensativo" ovvero, in casi eccezionali in cui ciò non fosse stato possibile per motivi oggettivi, quantomeno "una protezione appropriata"<sup>980</sup>; infine, con alcune previsioni sconcertanti, per nulla giustificate dalla necessità di adeguare il nostro ordinamento alla direttiva e, per giunta, non rispettose sia del vincolo costituzionale fissato dall'art. 36, co. 2, Cost. ("la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge"), sia della clausola di non regresso contenuta nell'art. 18, par. 3, dir. n. 104 (v. ora art. 23, dir. n. 2003/88), su cui si tornerà tra breve, le parti suggerivano l'abrogazione delle vigenti disposizioni in materia di "durata massima normale della giornata di lavoro" e di "durata massima giornaliera e settimanale dello straordinario".

In realtà, che l'*Avviso comune* non potesse essere oggetto di una pedissequa trasposizione in un provvedimento legislativo era stato sottolineato da numerosi autori, sia pure con una pluralità (e diversità) di approcci critici, incentrati, talora, sulla sola difformità di taluni dei suoi contenuti rispetto a singole previsioni della direttiva; talaltra, anche sul mancato rispetto della clausola di non regresso e della citata previsione costituzionale<sup>981</sup>.

L'intesa, in ogni caso, fu espressamente considerata dal Governo nel d.d.l. n. 4753 del 1998, varato dal Consiglio dei ministri a seguito di un lungo confronto con le parti sociali e di una non agevole mediazione tra le diverse componenti della maggioranza dell'epoca. Il d.d.l., da un lato, conteneva previsioni volte a incentivare l'abbassamento dell'orario di lavoro settimanale a 35 ore; dall'altro, prevedeva l'emanazione di un decreto legislativo per il recepimento della dir. n. 104 e, a tal fine, stabiliva che il Governo, oltre a conformarsi ai principi e criteri direttivi da essa "desumibili", avrebbe dovuto valorizzare "la contrattazione collettiva quale strumento per disciplinare la materia dell'orario di lavoro" e 'tenere conto' del predetto *Avviso comune*. Quest'ultimo, quindi, avrebbe rappresentato *uno* dei punti di riferimento per la futura opera del legislatore delegato, che non sarebbe però stato vincolato al recepimento di tutte le proposte in esso contenuto, specie di quelle che si erano rivelate non rispettose delle previsioni della direttiva, e della clausola di non regresso in essa contenuta, ovvero dell'art. 36 Cost.

La mancata approvazione del d.d.l. n. 4753 ed il naufragio del difficile compromesso in esso sancito, determinò però anche il temporaneo accantonamento dell'*Avviso comune*, che neppure fu

<sup>979</sup> Cfr. art. 6, n. 2, e art. 16, n. 2, dir. n. 104. Le parti, ovviamente, tacevano anche sull'opportunità o meno di prolungare il periodo di riferimento da 4 a 6 o 12 mesi, come consentito, a certe condizioni, dall'art. 17 della direttiva.

<sup>980</sup> Questa clausola di salvaguardia, infatti, era imposta dalla direttiva n. 104, nella stessa previsione che consente l'introduzione di deroghe agli artt. 3 (riposo giornaliero) e 7 (riposo settimanale): cfr. ancora l'art. 17 (esordio del par. 2 e terzo comma del par. 3).

<sup>981</sup> V., tra i tanti, per i diversi approcci, ICHINO, 1998, pag. 164 s.; BELLOMO, 1999, pag. 154 s. (nonché, anche per ulteriori rinvii, ID., 2004b, par. I); LECCESE, 2001, spec. pag. 222 ss. e pag. 424 ss.; CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3 ss.; ALLAMPRESE, 2003a, pag. 175 ss.; TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, pag. 13 ss.

menzionato nella l. 29 dicembre 2000, n. 422 (*Legge comunitaria 2000*), la quale - nel conferire al Governo una delega legislativa finalizzata appunto all'attuazione della direttiva n. 104 - si limitò ad individuare, quali principi e criteri direttivi, quelli contenuti nella stessa direttiva da attuare.

La delega risultò peraltro inevasa, anche a causa del termine della legislatura (maggio 2001): il nuovo Governo, infatti, preferì percorrere una diversa strada - aperta e delineata nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, diffuso nell'ottobre 2001 - consistente nell'inserire il recepimento della direttiva sull'orario nel più ampio progetto di riforma della disciplina lavoristica, poi riversato nel d.d.l. n. 848 del novembre 2001 (sul cui tronco è stata approvata la legge delega n. 30/2003 e, quindi, il d.lgs. n. 276/2003). L'obiettivo, infatti, non era più solo quello (imposto dalle norme comunitarie) di introdurre nel nostro ordinamento i diritti e i limiti alla durata della prestazione in esso non contemplati, ma previsti dalla dir. n. 104, bensì anche quello (coerente con le più generali linee di politica legislativa perseguite dal Governo) di sfruttare l'occasione della trasposizione della medesima direttiva per disciplinare in modo più flessibile anche questa materia<sup>982</sup>.

Ebbene, cogliendo l'occasione offerta dall'approvazione della *Legge comunitaria 2001* (l. n. 39/2002), il Governo ha poi ritenuto opportuno stralciare, dal d.d.l. n. 848, l'art. 6 (relativo, appunto, alla trasposizione della regolamentazione comunitaria in materia d'orario) e di inserire la delega da esso prevista nella citata legge, in modo da accelerare i tempi del recepimento e di sottrarli al più generale (e, per certi aspetti, aspro) confronto che, nel frattempo, si era aperto sui temi ed i contenuti della complessiva riforma prefigurata dal *Libro bianco*.

Venendo, quindi, al contenuto della l. n. 39/2002, va detto anzitutto che essa, nello stabilire i principi e criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi, ne aveva anzitutto indicati taluni di carattere generale, valevoli per tutte le deleghe in essa previste, tra i quali erano espressamente richiamati, all'art. 2, co. 1, "quelli contenuti nelle direttive da attuare"; lo stesso art. 2, co. 1, alla lett. *f*, stabiliva altresì che i decreti legislativi avrebbero dovuto assicurare "in ogni caso che, nelle materie trattate da [tali direttive], le discipline disposte [fosse] pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime".

Inoltre, con specifico riferimento alle direttive sull'orario, la delega conteneva ulteriori e più specifici principi e criteri, consistenti nella "recezione dei criteri di attuazione di cui all'Avviso comune sottoscritto dalle parti sociali il 12.11.1997" (che veniva quindi *riscoperto*, in un contesto politico e di relazioni sindacali ben diverso da quello in cui era stato partorito) e nel "riconoscimento degli effetti dei contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva" (art. 22, co. 2, l. cit.). Infine, sempre allo scopo "di garantire un corretto e integrale recepimento" delle medesime direttive, il Governo, previa consultazione delle associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente rappresentative, era stato autorizzato anche ad apportare modifiche al d.lgs. n. 532/1999 (lavoro notturno), alla l. n. 409/1998 (straordinario nelle imprese industriali) e alle discipline vigenti nei diversi settori (commercio, turismo, esercizi pubblici, agricoltura) (art. 22, co. 3).

<sup>982</sup> A proposito dell'orario di lavoro, il *Libro bianco* precisava, tra l'altro, che "l'implementazione della Direttiva [avrebbe consentito] in particolare di superare definitivamente alcune interpretazioni, tese a sminuire la riforma dell'orario di lavoro delineata nell'art. 13 della l. n. 196/1997, che ancora oggi vorrebbero subordinare la possibilità di modulare l'orario di lavoro su base settimanale, mensile o annuale al vincolo delle otto ore di lavoro giornaliero come orario di lavoro normale".



Dall'insieme delle previsioni contenute nella legge delega era possibile dedurre che il Governo avrebbe dovuto procedere ad un organico coordinamento dei diversi criteri direttivi, recependo le indicazioni provenienti dall'intesa tra le parti sociali, ma integrandole e, se del caso, correggendole, ove imposto dalla necessità di rispettare i principi e i criteri "contenuti nelle direttive da attuare"<sup>983</sup>, nonché dall'obbligo di assicurare in ogni caso la piena conformità delle norme delegate "alle prescrizioni delle direttive medesime" (cfr. ancora l'esordio dell'art. 2, co. 1, l. n. 39, nonché la lett. *f* del medesimo comma). Integrazioni e correzioni, in particolare, sarebbero state necessarie non solo per sanare le carenze e/o le contraddizioni che - come già segnalato - l'Avviso comune presentava rispetto a specifiche previsioni di tutela dettate dal legislatore comunitario, ma anche per garantire il rispetto della già citata clausola di non regresso, alla cui stregua, "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", l'attuazione della direttiva stessa "non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori" (art. 18, par. 3, dir. n. 93/104/Ce). Infatti, proprio grazie alla formulazione dei predetti criteri direttivi ed in assenza di una specifica esclusione, il principio in essa sancito era certamente da annoverare tra i principi e criteri direttivi deducibili dalla direttiva n. 93/104, ai quali il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi ai sensi dell'art. 76 Cost.<sup>984</sup>.

Una simile opera di correzione e coordinamento, del resto, sarebbe stata comunque necessaria, oltre che in virtù di un'accorta valutazione dei criteri direttivi, anche nella diversa, ma confluyente, prospettiva di evitare la violazione degli obblighi comunitari, ricavabili, ancora una volta, sia dalle specifiche norme di tutela previste nelle direttive, sia dalla clausola di non regresso<sup>985</sup>.

Quest'ultima infatti, come osservato in altra sede, da un canto non pone in capo agli Stati membri un obbligo di *stand still* (non foss'altro perché essa li autorizza comunque a "fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni [...] diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati"); d'altro canto, per la sua stessa formulazione ed in piena coerenza con l'obiettivo del *miglioramento* delle condizioni di vita e lavoro dei lavoratori in vista della loro parificazione *nel progresso*<sup>986</sup>, mira proprio ad evitare che l'attuazione della direttiva costituisca invece un paravento ("giustificazione") per il regresso delle previgenti tutele interne. Pare quindi evidente che lo Stato membro, quantomeno con il provvedimento con cui dà formale ed espressa attuazione alla direttiva sull'orario, non possa modificare *in peius* la preesistente disciplina nazionale, salvo che non provveda contestualmente ad esplicitare chiaramente le ragioni economiche e sociali che inducono ad una tale mo-

<sup>983</sup> V. CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3.3.

<sup>984</sup> V., sul punto, CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 39 s.

<sup>985</sup> Un'analoga esigenza di oculata integrazione e correzione dei criteri provenienti dall'Avviso comune si poneva, infine, anche in una diversa ed ulteriore prospettiva, cioè quella di rispettare l'art. 36, co. 2, Cost.; ma sul punto sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a LECCESE, 2004b, pag. 1329 ss. V. anche PUTATURO DONATI, 2005, pag. 33 ss.

<sup>986</sup> Cfr. i *Considerando* nn. 1, 4, 7-8 della dir. n. 93/104, nonché gli artt. 117 e 118A del Trattato istitutivo (nel testo vigente all'epoca dell'adozione della direttiva) e, oggi, gli artt. 136 ss. del Trattato medesimo (a seguito delle modifiche apportate dai Trattati di Amsterdam e Nizza).

difica, in modo da rendere evidente che si tratti di una precisa scelta politica legata alla “evoluzione della situazione”, e non, appunto, un mero effetto dell’adeguamento del proprio ordinamento a quella direttiva. Insomma, se l’attuazione della direttiva “non costituisce [di per sé] una *giustificazione* per il regresso”, mentre la “evoluzione della situazione” potrebbe consentire di fissare diverse discipline (anche peggiorative rispetto al passato) nel campo dell’orario di lavoro, pare consequenziale ritenere che tale evoluzione debba essere esplicitata con chiarezza, affinché il regresso possa ritenersi *altrimenti* giustificato<sup>987</sup>.

Sennonché, se si osservano ancora una volta i ricordati principi e criteri direttivi contenuti nella l. n. 39/2002, appare evidente che in essi manchi qualsiasi valutazione in merito alla necessità, sulla base di specifiche ragioni economico-sociali legate all’evoluzione della situazione, di addivenire ad un peggioramento delle previgenti tutele interne (ed è evidente che ad una simile carenza non avrebbe potuto sopperire il legislatore delegato). Né, in senso contrario, varrebbe invocare il richiamo, contenuto nell’art. 22 della legge delega, ai criteri di attuazione indicati dall’Avviso comune, poiché anche in quest’ultimo non v’è traccia di una simile valutazione, la quale, a sua volta, neppure può essere dedotta dal mero fatto che i contenuti dell’intesa sindacale, ove pienamente recepiti in sede di attuazione della direttiva, avrebbero comportato tale peggioramento<sup>988</sup>.

Ebbene, venendo alle previsioni del d.lgs. n. 66, appare evidente come il Governo, pur essendosi discostato in più punti dalle indicazioni dell’Avviso comune<sup>989</sup>, non ha però tenuto in alcuna considerazione la clausola di non regresso, seguendo invece pienamente le indicazioni provenienti dall’intesa sindacale proprio con riferimento al superamento di rilevanti tutele assicurate dalla precedente disciplina legale e ampliando, in modo speculare, gli spazi di flessibilità nella gestione temporale della forza lavoro da parte delle imprese

Sotto questo aspetto, l’impatto sul sistema previgente è innegabile. Il regresso nei livelli di tutela accordati ai prestatori di lavoro, infatti, appare evidente se si considera, ad esempio, che la nuova disciplina non contempla un limite legale al lavoro *straordinario giornaliero e settimanale*, già fissato, ad opera dell’art. 5, r.d.l. n. 692/1923, in 2 ore al giorno e 12 settimanali.

Inoltre, manca nel decreto un limite legale diretto alla durata *giornaliera massima, normale e complessiva*, della prestazione, in passato pari, rispettivamente, a 8 e 10 ore, secondo il combinato disposto degli artt. 1 e 5, r.d.l. n. 692/1923<sup>990</sup>. Un limite alla durata giornaliera complessiva

<sup>987</sup> Per gli argomenti sintetizzati in testo, v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 13 ss.; v. anche FERRANTE, 2004e, p. 1433 ss. Per ulteriori approfondimenti e per più ampi riferimenti al dibattito che si sta sviluppando in materia di clausole di non regresso, sia altresì consentito rinviare a CARABELLI, LECCESE, 2004b o 2005a.

<sup>988</sup> V., in tal senso, CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3.3; v. anche CORSO I., 2003, pag. 150.

<sup>989</sup> Si pensi, a mero titolo di esempio, all’eliminazione del limite trimestrale di 80 ore per il lavoro straordinario (già prefigurato nell’avviso comune e poi introdotto, sia pure limitatamente alle imprese industriali, nel d.l. n. 335/1998, convertito dalla l. n. 409/1998), nonché, per converso, all’introduzione del limite massimo complessivo (cioè comprensivo dello straordinario), medio di 48 ore settimanali (che, come s’è detto in testo, era del tutto assente nell’Avviso comune), ovvero ancora, dopo le modifiche apportate all’art. 10 dal d.lgs. correttivo n. 213/2004, alla determinazione del periodo di godimento delle ferie.

<sup>990</sup> Per l’individuazione di tali limiti nella legislazione pregressa, anche sulla base di una sua lettura adeguatrice rispetto alla previsione di cui all’art. 36, co. 2°, Cost., e sulla sopravvivenza del limite normale giornaliero (e, conseguentemente, di quello complessivo di 10 ore), anche dopo l’intervento dell’art. 13, co. 1, l. n. 196/1997, v., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, spec. pagg. 268 ss., 284 ss., 354 ss., 361 ss., 404 ss. In questa sede ci si limita ad osservare come gli argomenti proposti in quei luoghi sono ignorati o, a seconda dei casi, non paiono adeguatamente considerati da chi, nel porre giustamente il problema del regresso di tutele a seguito del d.lgs. n.

del lavoro, infatti, è ricavabile, ma solo *di fatto* e *indirettamente*, dalla previsione dell'art. 7, d.lgs. n. 66, il quale - imponendo un riposo minimo giornaliero di 11 ore consecutive ogni ventiquattro - consente oggi di esigere dal lavoratore sino a 13 ore (al lordo delle pause di cui all'art. 8) di lavoro giornaliero (il tetto, comunque più alto del precedente, è ulteriormente elevabile ove ricorrano le ipotesi derogatorie consentite dall'art. 17 del decreto; ma su questi aspetti v., *infra*, par. 7.1).

Ancora, manca nella nuova disciplina un limite legale alla durata *massima complessiva* della singola settimana lavorativa, la quale, nella previgente disciplina, era pari a 52 ore (40 ore di orario normale più 12 di straordinario: v. art. 13, l. n. 196/1997, nel combinato disposto con l'art. 5, r.d.l. n. 692/1923). Tale durata poteva poi essere temporaneamente superata sia in caso di ricorso al lavoro straordinario, ma per un massimo di nove settimane consecutive (v. artt. 5, r.d.l. n. 692; 9, co. 1, r.d. n. 1955/1923; 7, co. 1, r.d. n. 1956/1923), sia in caso di ricorso a moduli multiperiodali d'orario, fatta sempre salva - in entrambe le ipotesi - la necessità di rispettare il limite *complessivo* delle 60 ore settimanali (il quale rappresentava la proiezione, su sei giorni, del limite massimo complessivo di 10 ore giornaliere di lavoro)<sup>991</sup>. Adesso, invece, il compito di stabilire "la durata massima settimanale dell'orario di lavoro" è demandato ai "contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative" (v. art. 4, co. 1, e art. 1, co. 2, lett. *m*, d.lgs. n. 66), i quali, però, da un lato (sul piano giuridico), sono dotati nel nostro ordinamento di un'efficacia soggettiva limitata<sup>992</sup>; dall'altro (di fatto), potrebbero comunque non prevedere alcun tetto o contenere tetti più elevati di quelli stabiliti dalla precedente normativa legale.

Certo, anche in questo caso è comunque possibile dedurre, da altre norme del decreto, un limite *indiretto* alla durata massima complessiva della singola settimana, proiettando su sei giorni il menzionato limite minimo di riposo giornaliero (di cui all'art. 7, d.lgs.), ma l'effetto è pur sempre quello di ridurre le tutele rispetto al passato, ampliando gli spazi di flessibilità. Infatti, la mancanza nel decreto di un autonomo limite legale alla durata massima complessiva della prestazione lavorativa giornaliera e la contestuale configurazione del limite legale settimanale complessivo (48

66, ha però ritenuto che tale regresso non sussista poiché un autonomo limite normale (e quindi, aggiungiamo noi, complessivo) alla prestazione giornaliera o non è mai esistito o è stato abrogato dal citato art. 13, co. 1 (TIRABOSCHI, RUSSO A., pag. 19 ss.; in senso dubitativo si erano invece espressi i medesimi autori, prima però che gli estensori del decreto legislativo mettessero mano all'attuazione della delega: v. RUSSO A., TIRABOSCHI, 2002, pag. 83), ovvero, pur esistente ed ancora in vigore fino al d.lgs. n. 66, non potesse però operare in presenza di alcune modalità d'organizzazione dell'orario, come ad esempio l'uso congiunto di straordinario e multiperiodale (BOLEGO, 2003, pagg. 444 s. e 448 s.). È ovvio, quindi, che ove si ritenessero invece sussistenti, nella pregressa disciplina, i limiti di cui si è detto (per la giurisprudenza più recente, v. Cass., 4 dicembre 2000, n. 15419, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 539, sul punto 545; cfr. anche Cass., 5 gennaio 2001, n. 89, *ivi*, 561, s.m.; Cass. 16 gennaio 2001, n. 512, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2001, 288, sul punto 291; Trib. Pisa 13 febbraio 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 74; App. Firenze 6 giugno 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2732), il regresso di tutele sarebbe innegabile. Per la sussistenza del regresso, specie con riferimento al limite complessivo giornaliero di 10 ore, si esprimono, tra gli altri, CORSO I., 2003, pag. 149, e ALLAMPRESE, 2003b; cfr. anche SANDULLI P., MARINELLI, 2004, par. 4.

<sup>991</sup> Su questi aspetti della previgente disciplina, anche per la confutazione delle tesi che ritenevano comunque invalicabile - a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 13, co. 1, l. n. 196 - il limite delle 52 ore complessive settimanali, v. LECCESE, 2001, cap. IV.

<sup>992</sup> Salvo che non si voglia sostenere che, per qualche caratteristica propria dei contratti collettivi investiti dal rinvio legislativo in questione, ovvero per una pretesa proprietà intrinseca, di fondamento comunitario, dei contratti collettivi che, su rinvio della legge, danno attuazione alle norme di una direttiva comunitaria (in questo caso, l'art. 6, n. 1, dir. n. 104), ci si trovi dinanzi a contratti collettivi che, senza violare l'art. 39 Cost. (prima e seconda parte), sarebbero in grado di esprimere un'efficacia generale. Ma sulle ragioni che inducono a non condividere queste tesi, si rinvia a CARABELLI, LECCESE, 2005b, nonché, con specifico riferimento all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi che diano eventualmente attuazione a direttive comunitarie, a LECCESE, 2001, pag. 421 ss.

ore su di un arco mobile di 7 giorni) quale mero limite *medio*, e quindi di per sé flessibile, da rispettare in un periodo non superiore a 4 mesi (art. 4, co. 2 e 3, d.lgs. n. 66), consente di utilizzare un lavoratore fino a 13 ore al giorno per sei giorni, per un totale di 78 ore settimanali (sempre al lordo delle pause previste dall'art. 8, d.lgs.), per un periodo piuttosto prolungato, cioè fino a circa due mesi. L'unica condizione è che a tali periodi di superlavoro corrispondano cospicue riduzioni dell'attività, ad esempio nei mesi precedenti e/o successivi, al fine di rispettare la citata media. Ma periodi ancora più prolungati di lavoro eccessivo e, rispettivamente, tetti superiori a quelli indicati potrebbero essere ottenuti qualora i contratti collettivi consentissero di rispettare la media di 48 ore su di un periodo più elevato (sei mesi, elevabili in taluni casi a dodici: art. 4, co. 4; cfr. anche art. 17, co. 2) o, ancora, al ricorrere di una delle ipotesi derogatorie che, ai sensi dell'art. 17, possono essere introdotte all'art. 7 (riduzione del riposo minimo consecutivo).

Le esemplificazioni che precedono sono utili a dar conto, già in questa sede introduttiva, di talune tra le principali innovazioni introdotte dal decreto. Esse, soprattutto, rappresentano una buona testimonianza dell'impatto di alcune scelte, di certo non imposte dalla necessità di adeguare il nostro ordinamento alle direttive comunitarie, compiute dal legislatore delegato e di come, in Italia, il recepimento della direttiva abbia invero fatto da 'paravento' per realizzare (anche) l'arretramento delle tutele previgenti<sup>993</sup>. E ciò ha determinato, da un lato, la violazione degli obblighi comunitari (segnatamente, della clausola di non regresso); dall'altro, la violazione dell'art. 76 Cost., poiché non sono stati rispettati i criteri direttivi che, secondo la ricostruzione sopra prospettata, sono enucleabili dalla legge delega.

## 2. Segue. Il campo d'applicazione della nuova disciplina, le abrogazioni ed il regime sanzionatorio

Ancora con riferimento all'impatto del d.lgs. n. 66 sul preesistente regime, assumono particolare rilievo le norme che determinano il campo di applicazione della nuova disciplina e che dispongono l'abrogazione delle previgenti disposizioni, ivi comprese quelle sanzionatorie (v., rispettivamente, art. 2 e art. 19, co. 2, come modificati dal d.lgs. n. 213/2004).

Per quanto attiene, in particolare, al *campo di applicazione* del d.lgs. n. 66, va detto che esso ha un'estensione più ampia rispetto a quella del r.d.l. n. 692/1923, poiché le disposizioni del decreto "si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati", salvo talune eccezioni espressamente indicate (cfr. art. 2, co. 1 e 3)<sup>994</sup>. Specifiche esclusioni e/o adattamenti delle disposizioni generali sono poi previste con riferimento a numerose attività lavorative: si vedano, ad esempio, le previsioni dell'art. 17, quelle relative ai lavoratori a bordo di navi da pesca marittima (art. 18) e quelle sul personale delle aziende autoferrotranviarie (art. 17, co. 6 e art. 19, co. 3)<sup>995</sup>.

<sup>993</sup> Altri esempi sono ipotizzati da ALLAMPRESE, 2003b. Tra questi merita di essere segnalata l'applicazione integrale della nuova disciplina agli *apprendisti maggiorenni* (art. 2, co. 4, su cui v., anche per ulteriori rinvii, SANTUCCI, 2004, pag. 126), con conseguente arretramento, per taluni profili, delle tutele stabilite per costoro dalla normativa previgente (ma per una diversa valutazione sul punto, v. PUTATURO DONATI, 2005, pag. 19 s.).

<sup>994</sup> L'art. 2, co. 1, esclude dal campo di applicazione delle nuove disposizioni il lavoro del personale indicato nelle citate direttive nn. 1999/63/Ce, 2000/79/Ce e quello prestato dai "lavoratori mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva 2002/15/Ce" (v. *supra*, par. 1, nt. 3). Del contenuto dell'art. 2, co. 3, si dirà tra breve in testo.

<sup>995</sup> In generale, sul campo di applicazione della nuova disciplina v. SITZIA, 2003, nonché, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 213/2004, SANTUCCI, 2004 e CORTI, 2004a (anche con riferimento alla disciplina dei settori esclusi); sulle deroghe di cui all'art. 17, PASQUALETTO, 2003; RICCI G., 2004; FERRANTE, 2004c; sulla specifica disciplina dettata dall'art. 18, PIZZONIA, 2003, RICCI G., COSENTINO, 2004, CORTI, 2004c; sulla disciplina dell'orario di lavoro degli autoferrotranvieri, CASOLA, 2004.

Una parziale limitazione del campo d'applicazione è poi prevista - ai sensi dell'art. 2, co. 2, nella formulazione successiva alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 213/2004 - "nei riguardi dei servizi di protezione civile, ivi compresi quelli del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché nell'ambito delle strutture giudiziarie, penitenziarie e di quelle destinate per finalità istituzionali alla attività degli organi con compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica, delle biblioteche, dei musei e delle aree archeologiche dello Stato". Rispetto a tali servizi ed attività, infatti, le disposizioni contenute nel decreto non trovano applicazione, ma "unicamente in presenza di particolari esigenze inerenti al servizio espletato o di ragioni connesse ai servizi di protezione civile, nonché degli altri servizi espletati dal Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, così come individuate con decreto del Ministro competente, di concerto con i Ministri del lavoro e delle politiche sociali, della salute, dell'economia e delle finanze e per la funzione pubblica, da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto"<sup>996</sup>.

L'ampiezza del catalogo di servizi ed attività contenuto nella previsione (ove compaiono anche biblioteche, musei ed aree archeologiche) potrebbe destare qualche perplessità relativa alla sua conformità alla disciplina comunitaria. L'art. 1, par. 3, dir. n. 93/104, infatti, prevede che la direttiva n. 104 "si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 89/391/CE" (cioè la cosiddetta direttiva quadro in materia di sicurezza e salute dei lavoratori). Pertanto, anche le disposizioni comunitarie in materia d'orario non si applicano "quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongano *in modo imperativo*" (art. 2, par. 2, dir. 89/391).

Ebbene, come ha avuto modo di precisare la Corte di giustizia, le eccezioni al campo d'applicazione devono essere interpretate in *sensu restrictivo* e tenendo conto del fatto che le attività escluse devono risultare "*indispensabili* al buon funzionamento della vita sociale"<sup>997</sup>.

In particolare, la Corte ha affermato che l'esclusione disposta dall'art. 2, par. 2, dir. n. 89/391 "è stata adottata al solo fine di garantire il buon funzionamento dei servizi indispensabili alla tutela della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblico in circostanze di gravità e ampiezza eccezionali - per esempio una catastrofe - che si caratterizzano per il fatto di non prestarsi, per loro natura, a una pianificazione dell'orario di lavoro delle squadre di intervento e di soccorso". Sulla scorta di tale premessa ha concluso che, ove appunto non sussistano le predette caratteristiche di eccezionalità, persino le attività di soccorso alle persone ferite o ammalate, pur relative ad "eventi

<sup>996</sup> Se ne è dedotto che la deroga applicativa, anche ove la si ritenesse legittima, non esplicherebbe comunque "alcuna efficacia decorso il termine di 120 giorni [...] senza (e fino a) che il decreto ministeriale sia intervenuto": così SOPRANI, 2003, pag. 1953 s., confutando la diversa opinione di DEL PUNTA, 2003, pag. VIII, secondo il quale - in attesa del d.m. - il compito di individuare le attività escluse spetta all'interprete; in quest'ultimo senso v. anche SANTUCCI, 2004, pag. 117, il quale sottolinea altresì la rilevanza che potrebbe assumere, in materia, l'autonomia collettiva. Sulla questione, anche per ulteriori rinvii, v. CORTI, 2004a, pag. 1280 s.

<sup>997</sup> Sulla base di queste premesse, la Corte ha ritenuto che "*in condizioni normali* [corsivo nostro], l'attività del personale delle unità di pronto soccorso non può essere assimilata ad attività di questo tipo": v. CGCE 3 ottobre 2000 (causa C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contro Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*), in *Guida al lav.*, 2001, n. 2, 10 (spec. parr. 34 ss.). V. anche CGCE 3 luglio 2001 (causa C-241/99, *Confederation Intersindacal Galega (CIG) contro Servicio Galego de Saúde*), ord., in *Foro it.*, 2001, IV, 412 (parr. 26 ss.); CGCE 5 ottobre 2004 (cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer e altri contro Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e V*), in *Lav. giur.*, 2005, n. 7, 617 (par. 52 ss.).

che, per definizione, non sono prevedibili”, possono comunque essere organizzate preventivamente, anche per quanto riguarda gli orari di lavoro del personale che vi è addetto; a tali attività, pertanto, in condizioni normali, devono essere applicate le previsioni della direttiva n. 104<sup>998</sup>.

Si tratta, evidentemente, di indicazioni destinate a valere anche rispetto ad attività diverse rispetto a quelle considerate, nei casi ad essa sottoposti, dalla Corte e che devono quindi guidare l'opera di redazione dei decreti ministeriali chiamati ad individuare le particolari esigenze o ragioni in presenza delle quali le nuove disposizioni non trovano applicazione.

Una simile lettura adeguatrice del dato normativo interno rispetto a quello comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, risulta invece meno agevole con riferimento alle previsioni di cui all'art. 2, co. 3. Quest'ultimo infatti, nella versione originaria, già escludeva del tutto dall'applicazione del decreto il personale della scuola (di cui al d.lgs. n. 297/1994), con una scelta fortemente criticata da una parte della dottrina per la sua difformità rispetto alla direttiva comunitaria<sup>999</sup>. Oggi, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 213/2004, il comma in questione prevede altresì che le disposizioni del decreto non si applichino neppure “al personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, nonché agli addetti al servizio di polizia municipale e provinciale, in relazione alle attività operative specificamente istituzionali” (gran parte di queste attività, nella versione originaria, rientravano tra quelle per le quali, ai sensi dell'art. 2, co. 2, si sarebbe dovuto provvedere con d.m. ad individuare le “particolari esigenze”, in presenza delle quali avrebbe operato l'esclusione)<sup>1000</sup>.

Per ciò che attiene, poi, all'*abrogazione* di precedenti disposizioni di legge, va segnalata la previsione dell'art. 19, co. 2, il quale dispone ora l'abrogazione di “tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo, salve le disposizioni espressamente richiamate” (il testo riportato è quello risultante dalla modifica introdotta dal d.lgs. n. 213/2004: v. *infra*). A sua volta, l'art. 1, co. 1, nel delineare le finalità delle nuove disposizioni, chiarisce che esse, “nel dare attuazione organica alla direttiva n. 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, così come modificata dalla direttiva n. 2000/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 2000, sono dirette a regolamentare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale [...] i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro”<sup>1001</sup>.

La formulazione dell'art. 19, co. 2, è stata evidentemente preferita rispetto alla redazione di un apposito elenco di norme abrogate (soluzione che era invece presente in una delle versioni dello

<sup>998</sup> CGCE 5 ottobre 2004 (caso *Pfeiffer*), cit., parr. 55 ss.

<sup>999</sup> V. SANTUCCI, 2004, pagg. 118-124; CORTI, 2004a, pag. 1277 ss.; GRIECO, 2005, pag. 632. In senso diverso cfr. TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, pag. 17; SITZIA, 2003, pag. 119.

<sup>1000</sup> Per una riflessione critica su queste nuove esclusioni, basata anche sul confronto con la diversa scelta operata dal legislatore delegato nella redazione del d.lgs. n. 626/1994 (art. 1), v. GRIECO, 2005, pag. 632 ss.; cfr. anche PELISSERO, 2005, pag. 390, nt. 29.

<sup>1001</sup> Con riferimento alla precisazione relativa all'applicazione della nuova disciplina a tutto il territorio nazionale, sia consentito il rinvio a LECCESE, 2004a, pag. 1242 s. V. anche TREMOLADA, 2003, pag. 9; BOLEGO, 2004b.

schema di d.lgs.), poiché da un tale elenco sarebbe potuta sfuggire qualcuna delle tante disposizioni in materia di orario sparse nella precedente legislazione<sup>1002</sup>. La medesima formulazione, da più parti criticata<sup>1003</sup>, lascia aperti non pochi problemi interpretativi, relativi, tra l'altro, al significato da attribuire alle espressioni: “*materia disciplinata dal [presente] decreto*” e “*salve le disposizioni [in esso] espressamente richiamate*”.

Partendo dalla prima questione, va anzitutto detto che sono ovviamente da ritenere abrogate tutte le disposizioni previgenti aventi ad oggetto istituti *compiutamente disciplinati* nel nuovo decreto (si pensi, ad esempio, alla legge n. 409/1998, sullo straordinario nelle imprese industriali, ovvero al d.lgs. n. 532/1999, sul lavoro notturno).

Ma tale considerazione non è sufficiente a risolvere tutti i dubbi, con particolare riguardo agli oggetti di disciplina che nel decreto non sono stati regolati in modo espresso<sup>1004</sup>. In questa sede, quindi, possono essere proposte talune ipotesi interpretative, dal cui accoglimento derivano effetti profondamente diversi sul piano che qui ci occupa.

L'interpretazione al momento assolutamente prevalente è quella che - ignorando o svalutando il riferimento alle direttive contenuto nell'art. 1 - muove da una lettura, per così dire, *totalizzante* delle espressioni “*materia disciplinata dal decreto*” (art. 19, co. 2) e/o “*profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro*” (art. 1, co. 1) e giunge così ad affermare l'abrogazione di qualsiasi norma previgente, non espressamente richiamata nel decreto, che abbia una qualche attinenza con l'organizzazione dell'orario (anzi, più in generale, con la durata della prestazione). L'abrogazione, però, non concernerebbe anche le disposizioni *speciali*, pur afferenti alla materia trattata dal decreto, in virtù del principio secondo cui una disciplina generale successiva non produce effetti abrogativi sulle discipline speciali preesistenti. In tal modo, sarebbero risolti i dubbi sulla sopravvivenza di rilevanti tutele, quali - ad esempio - quelle poste a limitazione della durata della prestazione dei minori o, ancora, quelle inerenti alle pause dei videoterminalisti. In realtà, va detto che la perdurante vigenza di queste ultime tutele è comunque garantita dal fatto che esse sono state emanate o modificate in adempimento di altre direttive comunitarie, dotate di peculiari finalità<sup>1005</sup>. Se mai, il problema concerne altre previsioni pregresse, non dotate di tali caratteristiche, quali, per esempio, l'art. 10, l. 20 maggio 1970, n. 300 (lavoratori studenti), l'art. 3, co. 1, l. 19 maggio 1971, n. 403 (massaggiatori e massofisioterapisti ciechi) e così via<sup>1006</sup>.

Una diversa ipotesi interpretativa potrebbe muovere, invece, dall'attribuzione di un rilievo preminente, anche in sede d'individuazione delle disposizioni abrogate, da un lato, all'obiettivo che la legge delega si prefiggeva, consistente nel recepimento delle direttive comunitarie (ed è questo,

<sup>1002</sup> Il che del resto è espressamente riconosciuto in un passaggio della relazione di accompagnamento al d.lgs. correttivo n. 213/2004, riportato con caustiche e condivisibili puntualizzazioni, da FERRANTE, 2004e, pag. 1430, nt. 22. In generale, sulla tecnica utilizzata dal legislatore per le abrogazioni, v., oltre all'autore appena citato, BERNARDO, 2003, par. 3 ss.; LELLA, 2004, parr. III e III.1.

<sup>1003</sup> V. ad esempio, già tra i primi commentatori, DEL PUNTA, 2003, pag. V.

<sup>1004</sup> Cfr. anche VICECONTE, 2003, pag. 1145 s.

<sup>1005</sup> V. gli artt. 15-23, l. 17 ottobre, 1967, n. 977 (minori), in parte modificati dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345, che ha recepito, in attuazione della l. 24 aprile 1998, n. 128, la direttiva comunitaria n. 94/33 del 22 giugno 1994, relativa alla protezione dei giovani sul lavoro. V. inoltre, per i lavoratori che utilizzano attrezzature munite di videoterminali, l'art. 54, d.lgs. n. 626 del 1994 (in attuazione dell'art. 8 della direttiva n. 90/270 del 29 maggio 1990).

<sup>1006</sup> In proposito v. LELLA, 2005, pag. 530-534.



invero, l'oggetto della delega); dall'altro, all'espresso richiamo a tali direttive, operato dallo stesso decreto nell'illustrare le proprie finalità: v. l'art. 1, co. 1, cit.

Ebbene, ove il riferimento contenuto in quest'ultima previsione ai "profili di disciplina del rapporto connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro" fosse interpretato in stretto collegamento con i contenuti delle direttive 93/104 e 2000/34 (alla cui "attuazione organica", come si esprime il medesimo art. 1, co. 1, è appunto finalizzato l'intero decreto), risulterebbero esclusi dalla "*materia disciplinata dal decreto*" i "*profili*" che, pur attenendo alla durata della prestazione, non siano stati affrontati ed espressamente disciplinati né nel decreto né nelle citate direttive. Per conseguenza, le previgenti disposizioni interne, legislative e regolamentari, relative a questi profili non risulterebbero colpite dall'effetto abrogativo disposto dall'art. 19, co. 2 (salvo che esse non risultino comunque abrogate implicitamente, poiché contrastanti con le nuove disposizioni e, quindi, non più applicabili ai casi futuri).

Così, per fare un esempio, né il d.lgs. n. 66, né le direttive n. 93/104 e n. 2000/34 (e, oggi, la dir. n. 2003/88) si preoccupano di fissare limiti generali alla durata massima complessiva giornaliera della prestazione<sup>1007</sup>. Pertanto, seguendo il ragionamento sin qui esposto, se ne potrebbe dedurre la perdurante vigenza delle norme volte a disciplinare tale durata (e ciò, per inciso, consentirebbe anche di scongiurare, almeno con riferimento a questo aspetto, i problemi relativi all'eccesso di delega e al mancato rispetto della clausola comunitaria di non regresso, cui si è fatto cenno nel par. 1)<sup>1008</sup>. Sennonché, è il caso di osservare, al fine di garantire l'effetto conservativo dei limiti alla durata complessiva della prestazione giornaliera, non sarebbe sufficiente affermare la salvezza dell'art. 1, r.d.l. n. 692, nella parte in cui disciplina la durata massima *normale* della giornata lavorativa (pari a 8 ore), ma bisognerebbe altresì ritenere quantomeno salvo - pur in presenza di una *compiuta* disciplina del lavoro straordinario all'interno del d.lgs. n. 66 - anche l'art. 5 del medesimo r.d.l., nella parte in cui prevede un limite giornaliero al lavoro straordinario (2 ore): infatti, solo attraverso la somma dei due limiti è possibile ricavare, appunto, un limite complessivo all'orario giornaliero. Per converso, optando per la conservazione del vigore dell'art. 1, cit., bisognerebbe forse ammettere che sono, corrispondentemente, rimaste in vigore anche *tutte* le previgenti disposizioni che ponevano deroghe al limite giornaliero in esso previsto (quali, ad esempio, le deroghe inerenti ai casi tipizzati dall'art. 4, r.d.l. n. 692).

Ad esiti ancora diversi si potrebbe poi giungere seguendo una terza linea interpretativa, intermedia tra quelle sin qui enunciate. In particolare, si potrebbe ritenere (svalutando anche in questo caso il contenuto delle direttive comunitarie richiamate nell'art. 1 e lasciando quindi comunque aperti i problemi appena ricordati) che risultino oggi abrogate tutte le disposizioni che attengo a profili rientranti, *anche solo implicitamente*, nel contenuto regolativo del decreto. Una simile

<sup>1007</sup> La direttiva n. 104 (e poi il d.lgs.) prevede, invero, solo un periodo minimo di riposo consecutivo di 11 ore, da rispettare su un arco temporale mobile di 24. Tale limite assolve però, come meglio si dirà nel par. 7.1, ad una funzione confluyente con (ma ben diversa da) quella svolta dalla fissazione di una durata massima della prestazione giornaliera.

<sup>1008</sup> Cfr., con argomenti in parte diversi, VICECONTE, 2003, pag. 1146 ss. In senso critico v., invece, FERRANTE, 2004e, pag. 1431 s., il quale ritiene tra l'altro insuperabile l'obiezione secondo cui la tecnica normativa utilizzata per disporre le abrogazioni è tale da indirizzare "la forza abrogatrice della legge [...] a tutte le norme della 'materia' [disciplinata dal decreto], indipendentemente dal contenuto normativo della legge" stessa. L'A., comunque, propone una diversa soluzione per garantire la conservazione delle soglie complessive previste dal r.d.l. 692/1923 (10 ore giornaliere e, nella proiezione di questo limite su sei giorni, 60 ore settimanali); il giudice ordinario, infatti, sarebbe oggi chiamato a disapplicare parzialmente la nuova disciplina, in virtù del principio comunitario di non regresso contenuto nella direttiva, il quale - a suo volta - sarebbe direttamente operativo nell'ordinamento interno (v. pagg. 1432-1439). Ma su quest'ultimo aspetto v., in generale, le valutazioni espresse in CARABELLI, LECCESE, 2005a, par. 11 (e, *ivi*, nt. 175).



opera interpretativa, beninteso, non è affatto agevole e potrebbe comunque condurre a soluzioni opinabili. Con riferimento all'esempio sopra prospettato, relativo alla durata giornaliera della prestazione, si potrebbe forse sostenere che le norme ad essa relative sarebbero state abrogate, poiché il nuovo decreto - a differenza della direttiva, che si occupa del "riposo giornaliero" (art. 3) e della "durata massima *settimanale* del lavoro" - disciplina sia l'"orario normale di lavoro" (art. 3), sia la "durata massima [*non solo settimanale*] dell'orario di lavoro" (art. 4), sia il "lavoro straordinario" (art. 5).

Venendo, poi, all'espressione che fa "*salve le disposizioni espressamente richiamate*" nel decreto, va detto che anche da essa derivano taluni problemi applicativi. Come si è osservato, infatti, il richiamo alle norme previgenti talora è da intendere in senso materiale (cioè come rivolto al suo contenuto) e non formale (cioè alla disposizione in sé)<sup>1009</sup>. E, comunque, le disposizioni richiamate devono essere lette in modo coerente con il nuovo assetto normativo nel quale sono destinate ad operare e, pertanto, "la loro interpretazione ed applicazione può risultare alquanto mutata"<sup>1010</sup>. Peraltro, questa non agevole opera interpretativa d'adeguamento, resa più complessa dall'approssimativa fattura di alcune previsioni del decreto, potrà addirittura condurre a svuotare in tutto o in parte di contenuto precettivo talune delle vecchie disposizioni, che resterebbero in vita solo al fine di determinare l'ambito di applicazione delle nuove norme (simili problemi si pongono soprattutto nei casi in cui il legislatore delegato ha richiamato la disciplina previgente al fine di individuare talune fattispecie escluse dall'ambito di applicazione di parti della nuova regolamentazione)<sup>1011</sup>.

Un ultimo riferimento va qui operato al regime delle *sanzioni*, rispetto al quale erano emersi complessi problemi interpretativi alla luce del testo originario del decreto, il quale si limitava a far salve, oltre alle disposizioni le disposizioni espressamente richiamate nel decreto, anche "*le disposizioni aventi carattere sanzionatorio*" (v., ancora, l'originaria versione dell'art. 19, co. 2), evitando quindi di dettare direttamente il nuovo apparato sanzionatorio.

In tal modo, si era riversato sull'interprete un compito che la legge delega aveva attribuito al legislatore delegato: infatti, l'art. 2, co. 2, lett c, l. n. 39/2002 aveva stabilito, tra l'altro, che "in ogni caso saranno *previste* [nei decreti legislativi, evidentemente] sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi". Questa non agevole opera d'individuazione delle previgenti norme sanzionatorie ricollegabili, in via interpretativa, alle nuove norme sostanziali dettate dal d.lgs. n. 66, aveva invero già prodotto una pluralità di letture ed esiti<sup>1012</sup>. Né può essere taciuta la posizione secondo cui, non "essendovi corrispondenza genetica tra precetti e sanzioni", sarebbe stato addirittura inevitabile concludere - sempre alla luce dell'originaria previsione - per "l'inefficacia dell'apparato sanzionatorio" previgente e ritenere, quindi, del tutto "priva di tutela interna l'inosservanza delle disposizioni del d.lgs. n. 66/2003"<sup>1013</sup>.

<sup>1009</sup> DEL PUNTA, 2003, pag. V.

<sup>1010</sup> SANDULLI, 2003, par. 1.

<sup>1011</sup> Su questi aspetti v., anche per ulteriori rinvii, l'analisi di LELLA, 2004, pag. 525-528.

<sup>1012</sup> Si vedano le conclusioni cui erano giunti, tra gli altri, RAUSEI, 2003; CAIAZZA L., CAIAZZA R., 2003; GAROFALO D., 2003.

<sup>1013</sup> SOPRANI, 2003, pag. 1955 s.

Senonché, tali questioni sono destinate ormai a porsi solo con riferimento alla sanzionabilità delle violazioni verificatesi nel periodo ricompreso tra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 66 (29 aprile 2003) e quella del d.lgs. correttivo n. 213/2004 (1° settembre 2004). Quest'ultimo, infatti, da un lato, ha soppresso le parole "*e le disposizioni aventi carattere sanzionatorio*", contenute nella parte finale dell'originario art. 19, co. 2; dall'altro, al fine di dare - questa volta - corretta attuazione alla delega, ha introdotto nel corpo del d.lgs. n. 66 un nuovo articolo (l'art. 18-bis), il quale reca un'apposita ed organica disciplina sanzionatoria<sup>1014</sup>.

### 3. La disciplina del tempo di lavoro nel d.lgs. n. 66: tutele legali e ruolo della contrattazione collettiva

Come già traspare dal testo del primo comma dell'art. 1 - che, a differenza della dir. n. 104 (ed ora della dir. n. 2003/88), non menziona "*taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*", bensì "*i profili di disciplina del rapporto connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro*" - l'opera di adeguamento alla legislazione comunitaria sulla materia è stata realizzata attraverso la 'riscrittura' organica della disciplina relativa all'orario di lavoro. D'altra parte, stando almeno all'interpretazione assolutamente prevalente dell'art. 19, co. 2 (su cui v. il par. che precede), ciò è avvenuto mediante la contestuale abrogazione della gran parte delle previgenti disposizioni, ivi comprese quelle già emanate, nel recente passato, proprio al fine di recepire parti della direttiva n. 104<sup>1015</sup> o, comunque, convergenti verso l'obiettivo di adeguare il nostro ordinamento ai suoi contenuti<sup>1016</sup>. È stata invece scartata, tra le diverse possibili opzioni che si presentavano al legislatore nazionale, quella 'minimalista', o comunque 'meno incidente', consistente nella mera integrazione e/o modifica di quelle disposizioni, limitatamente alle parti che si rivelavano (ancora) inadeguate rispetto alle previsioni comunitarie.

Il legislatore delegato, inoltre, ha provveduto a riversare, all'interno del decreto, lo schema regolativo contenuto nella direttiva n. 93/104 (e ciò, tra l'altro, ha determinato la confluenza, in un unico testo normativo, delle norme sulla durata massima della prestazione e di quelle sui riposi). Pertanto, la tutela oggi assicurata in via generale e diretta dalla *legge* si realizza attraverso la fissazione di: un *orario massimo settimanale*, comprensivo anche delle prestazioni straordinarie, pari a 48 ore, che deve però essere rispettato come *media* su un arco temporale di quattro mesi, elevabile - a certe condizioni - sino a sei o a dodici mesi (cfr. artt. 4 e 17, co. 2; ma v. anche art. 6); un periodo minimo di *riposo giornaliero* (art. 7); *intervalli* (pause) per le prestazioni giornaliere che superino le sei ore (art. 8); un *riposo settimanale* (art. 9); un periodo minimo di *ferie annuali* (art. 10); una specifica tutela per i *lavoratori notturni* (artt. 11-15). A marcare tuttora le peculiarità del nostro ordinamento, è però rimasta la distinzione - della quale la direttiva si disinteressa, pur senza ignorarla (cfr. artt. 6, n. 2, e 8, n. 1, dir. n. 104) - tra "orario normale di lavoro" e "lavoro straordinario" (v. artt. 3 e 5, d.lgs. n. 66; ma cfr. anche art. 16), la quale assume comunque una

<sup>1014</sup> Per una più ampia disamina dei profili trattati in testo, nonché per la dettagliata analisi delle diverse ipotesi sanzionatorie, v. LELLA, 2004, par. IV; FERRANTE, 2004d; PENNESI, 2005; RAUSEI, 2005.

<sup>1015</sup> Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532, in materia di lavoro notturno.

<sup>1016</sup> Si pensi all'abbassamento a 40 ore della durata legale dell'orario di lavoro normale settimanale (art. 13, co. 1, l. n. 196/1997; il precedente limite, fissato come noto dall'art. 1, r.d.l. n. 692/1923, era pari a 48 ore), nonché all'introduzione di nuovi limiti quantitativi, annuali e trimestrali, al lavoro straordinario nelle imprese industriali (art. 5-bis, r.d.l. n. 692/1923, come sostituito dal d.l. n. 335/1998, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 409/1998).

rilevanza nettamente inferiore rispetto al passato, in virtù del complessivo affievolimento delle rigidità che caratterizzavano la precedente regolazione del lavoro straordinario (*infra*, par. 6).

All'esito, la scelta del legislatore delegato ha comportato l'abbandono - in gran parte sulla scorta delle indicazioni contenute nel già citato *Avviso comune* del 1997 - di taluni tra i più tradizionali profili di tutela assicurati dalla legge, dei quali non v'è traccia nel d.lgs. n. 66; in esso, come si è già detto, mancano infatti norme che fissino *direttamente* i tetti legali alla durata dello straordinario giornaliero e settimanale; alla durata massima, normale e complessiva, del lavoro giornaliero; alla durata massima complessiva della singola settimana di lavoro<sup>1017</sup>.

Per converso, la descritta operazione di 'riscrittura' organica sarebbe avvenuta attraverso la contestuale valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dell'orario di lavoro, espressamente enfatizzato nel primo comma dell'art. 1 (il quale precisa che la nuova regolamentazione è dettata "nel pieno rispetto dell'autonomia negoziale collettiva") e poi realizzato, nel corpo del decreto, attraverso l'abbondante uso dei rinvii ai contratti collettivi<sup>1018</sup>.

In realtà, osservando il concreto contenuto di tali rinvii, si trae agevole conferma del fatto che - sotto questo aspetto - la tecnica normativa utilizzata dal legislatore delegato si ascrive appieno nel disegno riformatore delineato del *Libro bianco* (del quale, come accennato *supra*, al par. 1, la riforma dell'orario costituiva un tassello), al cui interno il ruolo dell'autonomia collettiva risulta alquanto mutato rispetto al passato.

Anche nel caso della disciplina dell'orario, in particolare, la ricchezza dei richiami al contratto collettivo non può costituire un valido elemento di giudizio, poiché, se dal loro mero computo numerico si passa a verificare la 'qualità' dei richiami stessi, si scopre come molti di essi sono volti a 'legittimare' l'intervento negoziale in vista del miglioramento delle tutele e/o, più in generale, della (ri)definizione di vincoli al potere unilaterale del datore e/o a quello contrattuale delle parti nel singolo rapporto di lavoro, rispetto a *standards* legali che, come s'è detto, risultano meno protettivi rispetto al passato. Si pensi, ad esempio, alla previsione dell'art. 4, co. 1, il quale attribuisce alla contrattazione collettiva anche il compito di (re)introdurre un limite massimo complessivo del singolo settimanale di lavoro. In questi casi, insomma, al contratto collettivo viene richiesto non più, come sovente accadeva in passato, "di amministrare o aumentare il flusso della flessibilità attraverso le 'chiuse' create dal legislatore, bensì quello di costruire tali 'chiuse' in un regime di flusso ormai liberalizzato per l'autonomia individuale"<sup>1019</sup>.

L'assolvimento di un simile compito, inoltre, oltre a risultare tutt'altro che agevole (anzi improbo) in questa fase delle relazioni sindacali, rischia comunque di condurre ad un'accentuazione dei differenziali protettivi tra lavoratori, a seconda che essi appartengano o meno a categorie 'forti' (cioè, a causa della diversa forza contrattuale che il sindacato riesce ad esprimere nei vari ambiti -

<sup>1017</sup> Come pure s'è accennato, limiti alla durata giornaliera e settimanale complessiva (comunque molto più elevati di quelli previgenti) possono essere però dedotti, ma solo indirettamente, dalle disposizioni dettate in materia di riposi (v. *infra*).

<sup>1018</sup> V., per tutti, TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, pag. 11; BIANCHI D'URSO, VIDIRI, 2003, pag. 834.

<sup>1019</sup> CARABELLI, LECCESE, 2005b, par. 1; su questi aspetti, v. anche PUTATURO DONATI, 2005, pag. 185 ss.

categoriali e/o di livelli negoziali - di contrattazione)<sup>1020</sup>, ovvero che siano o meno coperti dall'applicazione di un contratto collettivo<sup>1021</sup>.

Inoltre, è bene precisare, simili richiami al contratto collettivo, proprio a causa della loro connotazione, sono riconducibili a quelli che sono stati condivisibilmente definiti come rinvii 'impropri', per indicare come, anche in loro assenza, il contratto collettivo ben sarebbe potuto intervenire a disciplinare la materia, contrattando condizioni di lavoro più vantaggiose (nel senso che apprestino una maggior tutela al lavoratore) rispetto a quelle previste da norme di legge (salvo che queste non siano inderogabili *in melius*<sup>1022</sup>). Essi, in definitiva, risultano, a ben vedere, superflui o, al massimo, indicativi di una sollecitazione ad intervenire rivolta dal legislatore alla contrattazione collettiva<sup>1023</sup>.

In altri casi, invece, alla contrattazione collettiva viene effettivamente riconosciuto (mediante rinvii definibili questa volta come 'propri', perché effettivamente legittimanti un intervento collettivo che troverebbe altrimenti ostacolo nella norma inderogabile), un più tradizionale potere di allentamento dei vincoli legali, in senso latamente 'peggiorativo' delle tutele da questi assicurate. Sennonché, come si è visto, tali vincoli sono spesso già delineati, nella nuova disciplina, in modo meno rigido rispetto al passato, sì che il rinvio alla fonte collettiva (cfr., ad esempio, l'art. 17, co. 1) appare come un invito ad aggiungere *ulteriore* flessibilità contrattuale (con conseguente, ulteriore, riduzione dei livelli di tutela) alla *nuova* flessibilità legale; ed anche in questo caso è evidente il rischio di un'accentuazione dei differenziali di tutela, a seconda della capacità di resistenza che, al riguardo, il sindacato è in grado di esprimere<sup>1024</sup>. Quell'invito, inoltre, è significativamente 'presidiato' dalla possibilità di un intervento sostitutivo del Ministro (art. 17, co. 2), che, in linea generale, finisce per sviluppare una pressione a dir poco anomala sull'esercizio dell'autonomia collettiva e rischia comunque, nei fatti, di sottrarre al sindacato una partita attiva (la flessibilità) da sfruttare in vista di altre contropartite negoziali<sup>1025</sup>.

La suddetta distinzione tra rinvii 'propri' e 'impropri', invero, rileva non solo al fine di sottolineare le mutate caratteristiche assunte, all'interno del decreto, dal rapporto tra legge e contrattazione collettiva, ma anche in vista di una più adeguata comprensione delle conseguenze derivanti dalla selezione legale dei soggetti competenti a negoziare sugli istituti oggetto di rinvio.

Da quest'ultimo punto di vista, uno specifico rilievo assume la definizione dettata dall'art. 1, co. 2, lett. *m*, con la quale il legislatore individua, appunto, i contratti collettivi destinatari dei vari

<sup>1020</sup> Cfr. MARESCA, 2005, pag. 44. Per un'analisi critica delle clausole in materia di orario di lavoro, riposi e ferie, contenute nei contratti di categoria stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, si rinvia sin d'ora a LELLA, 2005.

<sup>1021</sup> Cfr. quanto accennato *supra*, par. 1, nt. 18 e testo relativo.

<sup>1022</sup> Ipotesi, quest'ultima, della cui legittimità costituzionale si è peraltro discusso, com'è noto, in passato: per i necessari rinvii, anche alle pronunce della Corte costituzionale, CARABELLI, LECCESE, 2005b, par. 6; FERRANTE, 2004e, pag. 1425 ss.

<sup>1023</sup> Per un simile giudizio su tali rinvii, in materia di part-time, e per la distinzione tra rinvii 'propri' e 'impropri', v. PINTO, 2002, spec. pagg. 278 e 281 s. (in senso adesivo, VOZA, 2004, pag. 238 s.); cfr. anche, con riferimento ad alcuni rinvii contenuti nel d.lgs. n. 276/1993, CARINCI F., 2004, pag. LIII; TREU, 2004, pag. 117.

<sup>1024</sup> Cfr. ancora MARESCA, 2005, pag. 44, nonché la citata analisi di LELLA, 2005, relativa ai contratti collettivi stipulati dopo il decreto.

<sup>1025</sup> Sui profili sin qui trattati, anche per riferimenti al più generale dibattito sui mutamenti che hanno interessato il ruolo del soggetto collettivo nella più recente legislazione della flessibilità (dibattito invero incentrato soprattutto sui contenuti del d.lgs. n. 276/2003), nonché per una puntuale riconduzione dei diversi rinvii contenuti nel d.lgs. n. 66 ai due tipi menzionati in testo, si rinvia ancora a CARABELLI, LECCESE, 2005b.

rinvii contenuti nel decreto, stabilendo che essi sono quelli “stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative”.

Con riferimento a questa previsione va anzitutto sottolineato che essa è destinata ad integrarsi, al fine della sua concreta operatività, con ulteriori disposizioni che individuano specifici livelli negoziali (cfr. art. 13, co. 1, e art. 18, co. 2) e non opera affatto allorché altre norme - prescindendo del tutto dalla definizione generale in essa contenuta - selezionino direttamente livelli e caratteristiche soggettive dei contraenti che sono oggetto dello specifico rinvio (cfr. 17, co. 1). In secondo luogo, si deve ritenere, in assenza di limiti espressi, che il legislatore delegato con la generica (e, invero, ambigua) formulazione della citata lett. *m*, abbia inteso riferirsi a tutti i livelli contrattuali<sup>1026</sup>, ivi compreso quello aziendale; soluzione interpretativa, questa, che consente anche di fornire adeguata spiegazione alla presenza nel decreto di disposizioni che, come appena accennato, operando in via d'eccezione o integrazione rispetto alla norma generale, stabiliscono specificamente il livello competente<sup>1027</sup>.

Soprattutto, si deve sottolineare che la previsione in questione è formulata in modo da ingenerare il dubbio che la selezione in essa operata riguardi i rinvii ascrivibili ad entrambi i tipi sopra menzionati, ivi compresi i cosiddetti ‘rinvii impropri’. Sennonché, una simile interpretazione, oltre a rivelarsi irrazionale (poiché non si comprende per quale ragione un trattamento più protettivo rispetto allo *standard* legale possa essere dettato solo dai sindacati comparativamente più rappresentativi) e a cozzare contro la riportata dichiarazione programmatica contenuta nell'art. 1, co. 1, risulterebbe in insanabile contrastante con il principio di libertà di organizzazione (ed attività) sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost., il quale include senz'altro il diritto di ogni soggetto collettivo (a qualsiasi livello ed indipendentemente dalla propria ‘rappresentatività’) di concludere contratti volti al miglioramento delle tutele assicurate ai propri rappresentati e/o alla limitazione, al medesimo fine, di poteri datoriali altrimenti non vincolati dalla legge. Quest'ultimo rilievo, che sembra risolutivo, induce quindi a ritenere che quella previsione espliciti un reale effetto selettivo solo con riferimento ai rinvii più sopra definiti come ‘propri’, con i quali, appunto, i contratti collettivi (stipulati da soggetti ritenuti maggiormente affidabili dal legislatore) sono chiamati a derogare, in senso ‘peggiorativo’, allo standard di tutela assicurato dalla legge<sup>1028</sup>.

#### 4. La durata *normale* dell'orario di lavoro settimanale e la sua distribuzione ‘multiperiodale’

Venendo, quindi, ai concreti profili di disciplina del d.lgs. n. 66, va anzitutto dato conto del contenuto del suo art. 3. La disposizione, intitolata all'orario normale di lavoro, ripropone, con talune variazioni, il testo della prima parte dell'art. 13, co. 1, l. n. 196/1997<sup>1029</sup>.

<sup>1026</sup> In tal senso, v. - tra gli altri - DEL PUNTA, 2003, pag. IX s.; GAROFALO D., 2003, pag. 998; SIMONATO, 2003, pagg. 78-81. Cfr. anche MARESCA, 2003, par. 4.2, secondo il quale non sarà comunque possibile che l'accordo sia raggiunto con la sola R.S.U., “per l'evidente ragione per cui un contratto concluso con tale soggetto sindacale non può essere considerato come un contratto” stipulato da un'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa.

<sup>1027</sup> Per argomenti più analitici a sostegno di questa interpretazione e per ulteriori rinvii, anche alla dottrina contraria, v. CARABELLI, LECCESE, 2005b, par. 3; BOLEGO, 2004b, pag. 88 ss.

<sup>1028</sup> Ma in proposito sia ancora consentito rinviare alla più ampia trattazione svolta in CARABELLI, LECCESE, 2005b, spec. parr. 6 ss.

<sup>1029</sup> Il testo del citato art. 13, co. 1, era il seguente: “L'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali. I contratti collettivi nazionali possono stabilire una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno”.

Partendo dagli elementi che segnano una *continuità* rispetto al passato, va detto che, come già nell'art. 13 cit., il legislatore, da un lato, fissa in 40 ore la durata normale della singola settimana di lavoro (art. 3, co. 1, la cui violazione è oggi sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 6); dall'altro, opera due rinvii ai contratti collettivi, prevedendo che essi possano ridurre tale durata e consentire il ricorso a moduli multiperiodali d'orario (a condizione che l'orario normale sia rispettato nell'arco temporale di un anno) (art. 3, co. 2).

Ebbene, il primo rinvio è invero riconducibile ai cosiddetti rinvii 'impropri', poiché esso non toglie né aggiunge alcunché a quanto il contratto collettivo di diritto comune, in quanto atto di autonomia privata, potrebbe già di per sé fare (e, tradizionalmente, *ha fatto*). Ed infatti, la riduzione dell'orario settimanale di lavoro a parità di retribuzione si presenta come tipica manifestazione dei miglioramenti salariali e normativi perseguiti dall'autonomia collettiva, nell'esercizio della tradizionale funzione normativa del contratto collettivo<sup>1030</sup>.

Ben più pregnante è invece il secondo rinvio, poiché la sua attuazione nei contratti collettivi consente di incidere, in senso derogatorio e 'flessibilizzante', sullo standard protettivo assicurato dalla legge. L'accordo che istituisce l'organizzazione *multiperiodale* dell'orario normale settimanale si presenta, infatti, come un intervento contrattuale - autorizzato, appunto, dall'art. 3, co. 2 - volto a derogare il limite legale delle 40 ore di orario normale settimanale, in quanto, attraverso la sua trasformazione in limite medio su base plurisettimanale (entro l'arco temporale massimo di un anno<sup>1031</sup>), ne consente il superamento, sia pure a condizione di un successivo recupero compensativo.

Attraverso il rinvio in questione, quindi, anche il legislatore del 2003 riconosce e valorizza le forme di flessibilizzazione che la contrattazione collettiva ha già introdotto o potrà introdurre in futuro: i contratti collettivi, infatti, potranno prevedere che il prolungamento della durata del lavoro in certi periodi (ad esempio finalizzati a consentire incrementi d'attività o di produzione) sia bilanciato con corrispondenti riduzioni dell'orario in altri periodi ovvero con il godimento - in varie forme - di riposi compensativi (sempre a condizione che il bilanciamento avvenga effettivamente nell'arco dell'anno). Più in generale, è qui utile ribadire che, sulla base della generica formulazione della norma, il contratto collettivo potrebbe disciplinare direttamente la nuova distribuzione multiperiodale (nel qual caso esso svolgerebbe una funzione derogatoria di tipo regolativo, poiché sostituirebbe al limite legale delle 40 ore settimanali di orario normale una organizzazione multiperiodale predeterminata e vincolante); ovvero potrebbe attribuire al datore il potere di distribuire l'orario di lavoro anche su base multiperiodale, con settimane di orario normale superiore alle 40 ore (nel qual caso si sarebbe in presenza di un contratto collettivo con funzione derogatoria di tipo deregolativo); ed infine potrebbe perfino limitarsi a prevedere la possibilità del ricorso ad una distribuzione multiperiodale dell'orario del singolo lavoratore, previo accordo tra le parti del rapporto individuale (nel qual caso non sarebbe un contratto in se stesso derogatorio, bensì

<sup>1030</sup> Cfr. CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 4.1.

<sup>1031</sup> Da intendersi non come anno civile, ma come anno solare, cioè come periodo mobile intercorrente fra un qualsiasi giorno dell'anno e il corrispondente giorno dell'anno successivo, tenendo però conto, ovviamente, delle previsioni contenute nei contratti collettivi. In tal senso, v. la circ. Min. lav. 3 marzo 2005, n. 8 (in *Dir. e pratica lav.*, 2005, n. 14, Inserto, pag. XIX), che ripropone l'orientamento già espresso dal Ministero con riferimento all'art. 13, l. n. 196).

un contratto idoneo a trasformare il limite legale inderogabile in derogabile dall'accordo delle parti)<sup>1032</sup>.

Il vantaggio derivante per le imprese dall'adozione di questi modelli d'organizzazione degli orari sono ben noti e consistono, soprattutto, nell'evitare che le ore prestate in eccesso in alcune settimane siano qualificate come lavoro straordinario (con conseguente riduzione anche degli oneri economici derivanti dal ricorso a questo istituto: v. *infra*).

Ed è altresì evidente che, *in assenza di un'apposita disciplina collettiva*, il datore di lavoro non potrà ricorrere unilateralmente a moduli multiperiodali d'orario: il lavoro prestato oltre le 40 ore settimanali, infatti, ricadrà nella disciplina dello straordinario; ed analoga valutazione deve essere fatta per i casi in cui la distribuzione multiperiodale avvenga al di fuori dei limiti qualitativi (ipotesi, condizioni) e/o quantitativi (tetti d'orario) eventualmente posti dai contratti collettivi.

Passando, quindi, ad esaminare le *variazioni* che l'art. 3, d.lgs. n. 66, presenta rispetto al testo dell'art. 13, l. n. 196, va detto, in primo luogo, che la nuova previsione non contiene più la parola "*nazionali*", che, nella precedente, serviva ad individuare i contratti collettivi cui era riconosciuta la facoltà di rendere medie, su base annua, le 40 ore d'orario normale settimanale<sup>1033</sup>. L'art. 3, co. 2, del decreto riconosce oggi tale facoltà ai "*contratti collettivi di lavoro*", che sono quelli stipulati, v'è da ritenere a qualsiasi livello, "da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative" (art. 1, co. 2, lett. *m*, su cui v., *supra*, par. 3).

In secondo luogo, nella nuova norma è stato introdotto l'inciso - assente nell'art. 13 - secondo cui le eventuali riduzioni negoziali dell'orario normale settimanale legale (40 ore) valgono "ai [soli] fini contrattuali".

In proposito, va anzitutto osservato che questa espressione, alla luce della costruzione letterale dell'art. 3, co. 2, debba intendersi appunto riferita esclusivamente al rinvio relativo alla fissazione di un orario settimanale di durata inferiore alle 40 ore, e non anche a quello riguardante la possibilità di introdurre contrattualmente un'organizzazione multiperiodale dell'orario di lavoro, dal momento che essa è collocata dopo il verbo "stabilire", e non prima di esso o alla fine del periodo<sup>1034</sup>. Ciò, inoltre, fornisce conferma della necessità di considerare in modo separato i due rinvii e cioè come autonomi ed indipendenti l'uno dall'altro (a conferma, d'altronde, di quanto già affermato dalla dottrina maggioritaria in relazione alla formulazione dell'art. 13, co. 1, l. n. 196)<sup>1035</sup>.

<sup>1032</sup> Su questi aspetti v. già CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 43 s. Sui diversi modelli concretamente utilizzati nei più recenti rinnovi di categoria, v. LELLA, 2005, pagg. X-XII.

<sup>1033</sup> Per il vero, la lettera dell'art. 13, co. 1, l. n. 196, avrebbe potuto indurre a ritenere che il criterio selettivo valesse anche con riferimento alla possibilità di ridurre la durata dell'orario. Sennonché, così interpretata, la norma avrebbe finito per contrastare con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost., potendosi qui riproporre - con riferimento al livello negoziale competente a migliorare gli standard legali di tutela - le osservazioni sopra svolte con generale riferimento al significato da attribuire ai rinvii "impropri" (cfr. la conclusione del par. precedente).

<sup>1034</sup> CARABELLI, LECCESE, 2005b, pag. 371; PUTATURO DONATI, 2005, pag. 55 s.

<sup>1035</sup> V., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, pag. 394; ALLAMPRESE, 2003a, pag. 86 s.; *contra*, BELLOMO, 2004a, spec. pagg. 156 ss. e 163 ss.

Va altresì precisato che l'inciso in questione, della cui utilità si è dubitato, risolve alla radice il problema del regime giuridico applicabile alla fascia oraria ricompresa tra l'orario normale legale e le nuove ed inferiori soglie normali previste dalla contrattazione collettiva. Si tratta, invero, di una fascia temporale, talora soggetta ad una regolamentazione negoziale *ad hoc*, che numerosi contratti collettivi definiscono tuttora come "lavoro supplementare" (o "straordinario *contrattuale*"), al fine di distinguerla dal "lavoro straordinario *legale*" (inteso, appunto, come lavoro prestato oltre la soglia normale legale) e di sottrarla, quindi, ai limiti che la legge pone per il ricorso a quest'ultimo.

Al riguardo può essere utile evidenziare come, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13, co. 1, l. n. 196, in taluni rinnovi di categoria si era provveduto ad eliminare la suddetta distinzione, sopprimendo il riferimento al "lavoro supplementare"<sup>1036</sup>. La scelta, evidentemente, è stata compiuta sulla base del presupposto che i limiti settimanali normali *legale* e *contrattuale* fossero divenuti di fatto coincidenti, a causa dell'abbassamento del primo a 40 ore, ad opera dell'art. 13, cit. (in passato, come noto, il limite legale stabilito dall'art. 1, r.d.l. 692, era pari a 48 ore). Ma ciò, ovviamente, non è sempre vero, tanto che altri rinnovi non solo avevano conservato la distinzione, ma avevano anche introdotto la precisazione secondo cui non devono essere considerate quali ore straordinarie (ai fini legali) quelle prestate tra la trentasettesima e la quarantesima, in caso di regimi di orario basati su turni di 6 ore (6x6)<sup>1037</sup>.

Ebbene, la nuova formulazione consente di escludere la riproponibilità, nel nuovo contesto normativo, delle (invero risalenti) tesi dottrinarie e giurisprudenziali volte a sostenere l'automatico rifluire della fascia oraria di cui si discute nella disciplina legale del lavoro straordinario. Il richiamo "ai fini contrattuali", insomma, sembra inteso a confermare le conclusioni cui era già giunta altra parte della dottrina e della giurisprudenza nella vigenza della precedente disciplina, cioè a riaffermare la piena disponibilità sindacale del predetto spazio temporale, consentendo altresì di scongiurare l'applicabilità ad esso di quella disciplina legale, *anche in assenza di un'apposita precisazione* in tal senso ad opera del contratto collettivo<sup>1038</sup>.

#### 4.1. Le deroghe all'art. 3. In particolare, le occupazioni discontinue e la nozione di "orario di lavoro"

Rinviando al prosieguo della trattazione per l'esame delle deroghe contemplate dall'art. 17, co. 5, con riferimento "ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi" (le quali interessano invero numerose disposizioni del decreto, tra cui quella relative alla durata minima del riposo giornaliero: *infra* par. 7.1), in questa sede è opportuno dare conto delle deroghe disposte, con specifico riferimento alla disciplina dell'art. 3, ad opera dell'art. 16, d.lgs.

<sup>1036</sup> V., ad esempio, i ccnl o rinnovi degli alimentaristi Confapi (14 marzo 2000) e degli edili (cooperative, 9 febbraio 2000; artigiani, 15 giugno 2000; Confindustria, 29 gennaio 2000; Confapi, 22 giugno 2000).

<sup>1037</sup> V. i ccnl tessili Confapi (20 aprile - 19 maggio 2000) e Confindustria (19 aprile - 19 maggio 2000), nonché il rinnovo calzaturieri Confindustria (27 aprile 2000).

<sup>1038</sup> Ma sulla questione cfr., in senso parzialmente critico sull'attuale utilità della precisazione voluta dal legislatore, BELLOMO, 2004a, pag. 167 ss. Sulle diverse posizioni espresse in passato da dottrina e giurisprudenza in merito al regime giuridico applicabile al c.d. "straordinario *contrattuale*", v. LECCESE, 2001, pag. 336 ss.; BOLEGO, 2004a, pag. 40 ss.; PUTATURO DONATI, 2005, pag. 24 s.



n. 66, le cui previsioni offrono anche l'occasione per una breve riflessione sulla nozione di "orario di lavoro" accolta dal decreto.

L'art. 16, infatti, elenca una lunga serie di ipotesi (attività e prestazioni) che sono escluse dall'applicazione del limite settimanale normale (40 ore) e, per conseguenza, non sono soggette alla disciplina dello *straordinario*, la quale, evidentemente, è costruita sulla sussistenza di un limite *normale* (cfr. l'art. 5, d.lgs. n. 66 e, soprattutto, l'art. 1, co. 2, lett. c, del medesimo decreto, ove si definisce il lavoro straordinario come quello "prestato oltre l'orario normale di lavoro così come definito all'articolo 3")<sup>1039</sup>. Ciò non impedisce, tuttavia, che i contratti collettivi (come talora già accade, ad es., per i lavoratori discontinui<sup>1040</sup>) introducano condizioni di miglior favore, fissando specifici limiti *normali*, con conseguente previsione di maggiorazioni per le ore prestate in eccesso, e così via (in tal senso, del resto, dispone espressamente il periodo posto in esordio dell'art. 16, co. 1, anch'esso contenente un rinvio 'improprio', nel senso sopra chiarito).

Tra le fattispecie elencate nell'art. 16, una particolare attenzione meritano le "occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia elencate nella tabella approvata" con r.d. n. 2657/1923, e successive modificazioni ed integrazioni (art. 16, co. 1, lett. d, d.lgs. n. 66). Si tratta, come noto, di fattispecie che, nel vigore del r.d.l. n. 692 del 1923, erano del tutto escluse dall'applicazione dei limiti in esso previsti (cfr. anche art. 3, r.d.l. cit.)<sup>1041</sup>.

Nel nuovo quadro normativo, al contrario, la deroga opera - come ben chiaro dalla lettera dello stesso art. 16 - solo rispetto alla previsione dell'art. 3 del d.lgs. (con gli effetti appena descritti in merito all'inapplicabilità anche dell'art. 5) e, pertanto, anche con riferimento ai lavori discontinui o di semplice attesa o custodia (oltre che - evidentemente - alle ulteriori attività e prestazioni elencate nell'art. 16), vanno invece rispettati, sin dall'entrata in vigore del decreto, *tutte* le altre previsioni in esso contenute, ivi comprese, ad esempio, quelle relative alla durata minima del riposo giornaliero (art. 7), alle pause (art. 8), alla durata settimanale complessiva media (art. 4), salvo, ovviamente, che non si ricada nell'ambito d'operatività di altre deroghe, di cui si dirà nel prosieguo<sup>1042</sup>.

Pertanto, non si comprende cosa abbia inteso dire il Ministero, allorché ha affermato che le attività elencate nell'art. 16 "continuano a mantenere la loro specificità, salvo i necessari adeguamenti al principio della durata media settimanale delle 48 ore che dovranno essere adottati con i decreti di armonizzazione previsti dal secondo comma" del medesimo articolo<sup>1043</sup>.

In proposito, va invero osservato che il comma in questione prevede che, con appositi decreti ministeriali (da adottare sentite le oo.ss. nazionali maggiormente rappresentative e le organizza-

<sup>1039</sup> Sulle deroghe previste dall'art. 16 v., in generale, PIOVESANA, 2003; BELLOMO, 2004a, pagg. 171-182; BAVARO, 2004c.

<sup>1040</sup> Per una recente rassegna, v. LELLA, 2005, pag. IX s.

<sup>1041</sup> Sulla *ratio* di tali esclusioni e sui relativi problemi di costituzionalità v., anche per i necessari rinvii bibliografici e alle pronunce della Corte cost., LECCESE, 2001, pagg. 297-317.

<sup>1042</sup> Analogo ragionamento vale, ad esempio, per i commessi viaggiatori: cfr. l'art. 1, co. 2, r.d.l. 692 (che li escludeva dall'applicazione delle proprie tutele) e l'art. 16, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 66 (che li esclude solo dall'applicazione dell'art. 3).

<sup>1043</sup> V. punto 4 della già citata circ. Min. lav. n. 8/2005.

zioni datoriali nazionali), gran parte delle attività e prestazioni elencate nel primo comma “verranno *aggiornate* ed *armonizzate* con i principi contenuti” nel d.lgs. n. 66. Ebbene, da una simile opera - che, par di capire, potrà anche condurre ad un ampliamento delle ipotesi escluse dall’applicazione dell’art. 3 - di certo non potrà invece derivare alcun effetto sul piano dell’integrale applicazione (anche) delle tutele previste dall’art. 4, la quale neppure può essere rinviata in attesa di eventuali e non meglio precisati “adeguamenti” ministeriali (né, ovviamente, di eventuali adattamenti da parte dell’autonomia collettiva)<sup>1044</sup>. Resta confermato, insomma, che le “specificità” delle attività in questione sono state tuttora considerate dal legislatore, ma con *esclusivo* riferimento al limite normale settimanale e conseguentemente, come si è detto, alla disciplina dello straordinario.

Una diversa interpretazione, del resto, si porrebbe in contrasto con la dir. n. 104 (come interpretata dalla Corte di giustizia) e, in particolare, con la nozione di orario di lavoro in essa contenuta. A questa nozione è bene dedicare una specifica attenzione, non solo ai fini del discorso sin qui condotto, ma anche perché essa riveste un ruolo nevralgico ai fini dell’applicazione non solo delle tutele comunitarie (e oggi nazionali) che pongono *tetti quantitativi* alla durata della prestazione (quale quello settimanale medio di 48 ore), ma anche di quelle che stabiliscono *durate minime* dei riposi (giornaliero e settimanale).

La direttiva, invero, nel delineare la nozione di *orario di lavoro* utile ai fini dell’applicazione delle tutele in essa previste (tra le quali, è bene ribadire, non rientra il limite all’orario normale), si riferisce a “*qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni [...]*” (art. 2, n. 1, dir. n. 104; la definizione è riproposta pedissequamente nell’art. 1, co. 2, lett. *a*, d.lgs. n. 66); in modo speculare, per *periodo di riposo* la direttiva intende “*qualsiasi periodo che non rientra nell’orario di lavoro*” (art. 2, n. 2, dir. n. 104; art. 1, co. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 66).

Su tali nozioni si è già sviluppato un rilevante contenzioso in taluni degli Stati membri che hanno dato tempestiva attuazione alla direttiva; contenzioso che, a sua volta, ha dato origine alla proposizione di numerose questioni interpretative dinanzi alla Corte. Ebbene, come precisato dal quest’ultima, quelle sopra indicate “sono nozioni di diritto comunitario che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alle finalità” della dir. n. 104 e non in funzione delle diverse prescrizioni nazionali, essendo impedito agli Stati membri - proprio per il rispetto di quelle finalità - sia di “definire unilateralmente la portata” della nozione di orario, sia di “subordinare a qualsivoglia condizione il diritto dei lavoratori a che i periodi di lavoro e, correlativamente, quelli di riposo siano tenuti in debito conto”.

Alla luce di ciò, la Corte - con riferimento all’ipotesi del servizio di guardia medica prestato in regime di presenza fisica nell’ospedale - ha affermato che fattore determinante, al fine di valutare se un certo periodo di servizio rientri nella nozione di orario di lavoro, è costituito dal fatto che i lavoratori siano sottoposti ai due obblighi consistenti nell’essere “fisicamente presenti sul luogo indicato dal datore di lavoro” e nell’essere “a disposizione di quest’ultimo per poter fornire immediatamente” la propria opera; obblighi che, rendendo “impossibile ai medici interessati di scegliere il luogo in cui stare durante le [eventuali] attese, rientrano nell’esercizio delle loro funzioni”.

<sup>1044</sup> Del resto, in tal senso si era espresso lo stesso Ministro del lavoro, con propria nota del 26 settembre 2003 (in *Dir. e pratica lav.*, 2003, pag. 2652), relativa ai portieri di immobili urbani.

E ciò vale persino con riferimento alle fasi temporali in cui il lavoratore riposi o, addirittura, dorma: infatti, da un lato, la necessità del suo intervento dipende dalle concrete circostanze e non si presta ad una preventiva programmazione; dall'altro, il lavoratore stesso - essendo comunque costretto a "restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale" e risultando impedita, o fortemente limitata, la sua libertà di gestire il proprio tempo - non può essere considerato in riposo, *neppure* in quelle fasi del suo servizio durante i quali "*non presta effettivamente la sua attività*". Questa sarebbe l'unica interpretazione conforme "all'obiettivo della direttiva [...] di garantire una tutela efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo loro beneficiare *effettivamente* di periodi minimi di riposo"; essa, comunque, non può essere messa in discussione sulla scorta di obiezioni fondate sulle negative conseguenze di ordine economico e organizzativo che da essa possono derivare. Ad opposte conclusioni si deve invece giungere, sempre secondo i giudici comunitari, allorché il servizio sia reso in regime di *reperibilità*: tale regime, infatti, presuppone soltanto che il lavoratore "possa essere costantemente raggiunto, senza tuttavia imporre la sua presenza fisica sul luogo di lavoro", consentendogli anzi di scegliere il luogo dove soggiornare e le attività da svolgere durante le attese<sup>1045</sup>.

Si tratta di un approdo che, nel complesso, appare semplificante rispetto al dibattito in corso sulla concorrenza (cumulo) o alternatività (autonomia) dei criteri individuati dall'art. 2, n. 1, dir. n. 104 - questione sulla quale le conclusioni degli avvocati generali nelle cause sottoposte alla Corte sono molto più articolate<sup>1046</sup> - tanto da dar luogo a differenti valutazioni su quale sia la tesi sposata dal giudice comunitario<sup>1047</sup>. Né l'approdo stesso è di per sé idoneo a risolvere l'ulteriore interrogativo, pur emerso in dottrina ed adombrato nelle conclusioni degli avvocati generali, se gli indici contenuti nella direttiva siano effettivamente tre (essere al lavoro, cioè sul posto di lavoro, a disposizione del datore e nell'esercizio di proprie attività o funzioni); ovvero se il secondo e il terzo altro non siano che un'enunciazione specificativa del primo (il quale, a sua volta, non sarebbe però riferito alla mera presenza sul posto di lavoro, bensì proprio al *lavorare*)<sup>1048</sup>; ovvero ancora, come pure sarebbe sostenibile ove si ritenesse che il primo si riferisca alla mera presenza sul luogo di lavoro, se il secondo requisito (l'essere a disposizione) non sia in realtà superfluo poiché

<sup>1045</sup> I passaggi riportati sono tratti da CGCE 9 settembre 2003 (causa C-151/02, *Norbert Jaeger* contro *Landeshauptstadt Kiel*), in *Guida lav.*, 2003, n. 38, 11 (v. punti 58-71, 75 e 103; corsivi nostri). Ma la pronuncia riprende e sviluppa un ragionamento già condotto dalla Corte in precedenti occasioni: v., in particolare, CGCE 3 ottobre 2000 (caso *SIMAP*), cit. (spec. punti 46 e ss.), nonché CGCE 3 luglio 2001 (caso *CIG*), cit. Gli approdi descritti, inoltre, sono stati ancora di recente confermati, con riferimento alle fasi di inattività che possono verificarsi durante i "periodi di permanenza obbligatoria" garantiti dagli operatori di pronto soccorso, da CGCE 5 ottobre 2004 (caso *Pfeiffer*) cit. (spec. punti 93-95).

<sup>1046</sup> V., in particolare, le differenti valutazioni espresse dall'avv. generale Saggio (caso *SIMAP*, spec. punti 33-40 delle conclusioni) e dall'avv. generale Ruiz-Jarabo Colomer (caso *Jaeger*, spec. punti 19-52 delle conclusioni); cfr. anche, le più recenti conclusioni rese da quest'ultimo avv. gen. il 12 luglio 2005 nella causa C-14/04 (*Abdelkader Dellas e altri* contro *Secrétariat général du gouvernement*), non ancora decisa dalla Corte.

<sup>1047</sup> Per le diverse letture che la dottrina ha fornito, sotto questo aspetto, delle pronunce della Corte, v. - tra gli altri - SIMONATO, 2003, pag. 49 s.; BOLEGO, 2004b, par. III (e 2004a, pag. 31 ss.); PELISSERO, 2003, pag. 2869 (nonché ID., 2005, pag. 392 ss.); ALLAMPRESE, 2003c, pag. 1137; MORO, 2003, pag. 1089; RICCI G., 2003b, pag. 12. V. anche i riff. contenuti nel punto 28 (e nt. 14) delle conclusioni dell'avv. generale del caso *Jaeger*.

<sup>1048</sup> In tal senso SIMONATO, 2003, pag. 48 s., facendo leva anche sul fatto che il primo requisito è espressamente e inequivocabilmente riferito all'azione di lavorare sia nella versione inglese ("[...] the worker is working") che in quella tedesca ("[...] ein Arbeitnehmer [...] arbeitet"). Ma sulle differenze linguistiche che caratterizzano le diverse versioni nazionali, cfr. le osservazioni dell'avv. generale del caso *Jaeger*, il quale ne trae la conseguenza che un "esercizio comparativo [sarebbe] infruttuoso" (punto 31 delle conclusioni), dovendosi preferire un approccio teleologico.

già inevitabilmente implicato nel terzo (svolgimento della propria attività o funzioni, ovviamente nell'interesse del datore di lavoro).

Resta il fatto che gli esiti cui giunge la Corte sono, nella sostanza, conformi a quelli proposti, nelle diverse cause, dagli avvocati generali, sia pure limitatamente ai periodi che vanno considerati come rientranti nell'orario di lavoro. E ciò è reso possibile non solo grazie al ricorso ad un'interpretazione ampia del termine "funzioni" (si dà consentire di ricondurre alla relativa nozione una serie di fasi temporali controverse), ma anche, e soprattutto, attraverso un'attenta valutazione proprio delle finalità protettive della direttiva e degli strumenti da essa previsti per la realizzazione delle finalità medesime<sup>1049</sup>.

In particolare, la necessità di assicurare ai lavoratori un effettivo riposo - pur non inducendo la Corte a negare che la nozione di quest'ultimo sia ricavata nella direttiva, per differenza, da quella di orario di lavoro - finisce però per condizionare (in modo, per così dire, circolare) la stessa interpretazione della nozione di orario.

Al riguardo, invero, la Corte non richiama espressamente la nozione di *riposo adeguato* (cioè quei "periodi di riposo regolari [...] e sufficientemente lunghi e continui per evitare che [i lavoratori] a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine"<sup>1050</sup>), del resto dettata, a seguito delle modifiche apportate dalla direttiva n. 2000/34, allo specifico fine di garantire una tutela anche a lavoratori ai quali talune disposizioni protettive neppure si applicano (si tratta, in particolare, dei lavoratori mobili e di quelli a bordo di navi da pesca).

Ma non v'è dubbio che la pietra miliare di tutto il ragionamento sia proprio rappresentata da un giudizio teleologico, che investe l'*adeguatezza* del riposo consentito al lavoratore rispetto al fine posto dalla direttiva: infatti, al di là della condivisibilità o meno del punto sul quale la Corte ha ritenuto di porre il *discrimen*, è proprio un simile giudizio a condurla agli esiti descritti. Così, persino la fase di sonno non configura riposo e, *quindi*, è orario di lavoro, se il lavoratore può essere chiamato all'opera al ricorrere di un evento non programmabile e, al contempo, è costretto a restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale. Per converso, esistono altre fasi temporali (quali, ad avviso della Corte, la reperibilità<sup>1051</sup>) in cui egli, pur potendo essere chiamato prontamente a intervenire, può comunque gestire il proprio tempo, determinando liberamente il luogo dove soggiornare e le attività da svolgere nell'attesa; in tali casi, quel giudizio di adeguatezza può essere positivamente risolto e, *quindi*, quelle fasi non saranno configurabili come orario di lavoro.

La Corte, in definitiva, conferma la visione *duale* e reciprocamente esclusiva delle nozioni di orario e riposo (che secondo molti interpreti caratterizza la direttiva) e non affronta quello che, da questo punto di vista, rappresenta il vero nodo della questione, cioè la possibilità che un 'segmento

<sup>1049</sup> Questo aspetto è sottolineato, in particolare, da PELISSERO, 2003, pag. 2869 (che parla di un "colpo d'ala" della Corte).

<sup>1050</sup> La definizione è contenuta nel n. 9 dell'art. 2, dir. n. 104, introdotto dalla dir. n. 2000/34, ed è ora ripresa nell'art. 1, co. 2, lett. /, d.lgs. n. 66.

<sup>1051</sup> Ma v., in senso critico, PELISSERO, 2005, pag. 395.

temporale' della vita umana, pur non potendo essere considerato *orario* ai fini della determinazione di *tetti* di durata della prestazione (come quello delle 48 ore), non possa però neppure essere considerato come *riposo*, ai fini del rispetto delle finalità sottostanti alle norme che lo prevedono (si pensi agli artt. 3 e 5 della dir.; ora artt. 7 e 9, d.lgs. n. 66)<sup>1052</sup>. Né la Corte si esprime sulla più ampia questione dell'individuabilità di un *tertium genus* tra orario e riposo<sup>1053</sup>. Ma, probabilmente, da pronunce interpretative non ci si poteva aspettare uno sforzo ulteriore, il quale può essere invece certamente richiesto, in una prospettiva *de jure condendo*, al legislatore comunitario, oltre che, ovviamente, ad un legislatore nazionale *eventualmente* disposto a disciplinare la materia in modo da incrementare le tutele rispetto a quelle oggi garantite da quest'ultimo<sup>1054</sup>.

Resta il fatto che, al momento ed in attesa di eventuali modifiche del quadro normativo di riferimento<sup>1055</sup>, le decisioni della Corte, anche se riferite al servizio svolto da personale sanitario, hanno comunque una rilevanza che travalica le fattispecie concretamente sottoposte al suo giudizio. Pertanto, è auspicabile una (doverosa e) maggiore permeabilità dell'iter argomentativo seguito dagli interpreti, taluni dei quali - almeno in una prima fase - hanno invece tentato di leggere la nuova nozione alla luce del previgente dato normativo, incentrato sulla nozione di lavoro "effettivo"<sup>1056</sup>, utilizzando l'armamentario di riflessioni che su di esso si era sviluppato, al fine, appunto, di marcare - con differenti esiti - le similitudini e/o le differenze tra la vecchia e la nuova nozione. Da questo punto di vista, infatti, la pedissequa (e già sopra segnalata) riproposizione, nel testo dell'art. 1 del d.lgs. n. 66, delle definizioni contenute nella direttiva consente di tagliar corto su ogni eventuale dubbio in tal senso<sup>1057</sup>, poiché ha in realtà il rilevante effetto di rendere quelle

<sup>1052</sup> Questa tesi, invero, è stata sostenuta dall'avvocato generale nel caso *SIMAP*, il quale ritiene, appunto, che le ore di reperibilità durante le quali il lavoratore non svolga attività lavorativa, pur non rientrando nell'orario di lavoro, non possano neppure essere incluse "nell'orario di riposo", in virtù della limitazione che lo stato di reperibilità comunque impone alla disponibilità del proprio tempo (v. spec. punti 38 s. delle conclusioni).

<sup>1053</sup> Per il dibattito su questo profilo v. ICHINO, 1987, pag. 27; SUPLOT, 1997; ALLAMPRESE, 2001b.

<sup>1054</sup> Nessun dubbio può sorgere infatti al riguardo, non solo sulla base delle previsioni di cui agli artt. 15 e 18, par. 3, dir. n. 104 (cfr. PELISSERO, 2003, pag. 2870), ma già in base al Trattato, il cui art. 137, par. 5 (par. 4, secondo trattino, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza), stabilisce che "le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che uno Stato membro mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione"; disposizione, questa, che sancisce indubbiamente la derogabilità *in melius* della normativa comunitaria che qui ci interessa da parte di quella interna (ma per i problemi posti dal giudizio di compatibilità invocato dalla disposizione medesima, v. CARABELLI, LECCESE, 2005a).

<sup>1055</sup> Al riguardo, si consideri, da un lato, che molti Stati membri, proprio a seguito della (ed in reazione alla) rigorosa interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, hanno fatto ricorso o hanno annunciato di voler far ricorso (v. PELISSERO, 2005, pagg. 396-405) alla clausola della direttiva che ammette - a certe condizioni, tra cui il consenso del lavoratore - il superamento della media delle 48 ore (art. 18, par. 1, lett. b, punto i, dir. n. 104; ora art. 22, par. 1, dir. n. 2003/88); dall'altro, che anche la Commissione, nella sua proposta di direttiva del 29 settembre 2004 (COM(2004) 607 def.), volta a modificare la dir. n. 2003/88, si è preoccupata, agendo proprio sui profili definitori, di temperare gli effetti di quella interpretazione, ritenendoli evidentemente troppo penalizzanti per le esigenze di flessibilità del mondo imprenditoriale. Su questi aspetti della proposta, che tocca peraltro anche altri profili della dir. n. 2003/88, v. ancora PELISSERO, 2005, pag. 405 ss. e MONACO, 2005, pag. 24 ss., nonché, anche con riferimento ai cospicui emendamenti approvati, in un prospettiva certamente più garantista, dal Parlamento europeo l'11 maggio 2005, GRIECO, 2005, nt. 19 e 25; RICCI G., 2005 (che tiene anche conto della posizione successivamente assunta dalla Commissione nella proposta 'modificata' di direttiva, del 31 maggio 2005 (COM(2005) 246 def.).

<sup>1056</sup> Per la riflessione su questa previgente nozione (e sulle diverse accezioni che la dizione *lavoro effettivo* assolveva negli artt. 1 e 3, r.d.l. n. 692/1923), v., per tutti, ICHINO, 1987, pag. 28 ss.; MARTONE, 1998; RICCI G., 1999; SIMONATO, 2003, pag. 43 ss. (anche per ulteriori rinvii).

<sup>1057</sup> V. anche PELISSERO, 2003, pag. 2876.

definizioni, come interpretate dalla Corte di giustizia, immediatamente vincolanti per l'interprete<sup>1058</sup>.

È evidente, in particolare, che l'interpretazione delle disposizioni comunitarie fornita dalla Corte induca quantomeno ad escludere che la definizione interna di orario di lavoro, inequivocabilmente conforme a quella comunitaria, sia "indicativa del carattere di *effettività* del lavoro [...] quale requisito essenziale per il computo dell'orario" e consente altresì di smentire che in tale computo rientrino solo quei periodi in cui il lavoratore "è attualmente impegnato nell'adempimento della prestazione (in sostanza, *sta lavorando*)"<sup>1059</sup>.

Né alcun elemento in senso contrario può essere ovviamente tratto dal fatto che l'art. 16, co. 1, lett. d, d.lgs. n. 66, da cui si è sopra partiti, escluda le fattispecie relative ai lavori discontinui o di semplice attesa o custodia dalla disciplina dell'art. 3 del d.lgs.<sup>1060</sup>. Tale esclusione, infatti, è del tutto inconferente ai fini del discorso sin qui condotto, poiché - come s'è visto - le predette fattispecie, mentre nel vigore del r.d.l. n. 692/1923, erano effettivamente del tutto escluse dall'applicazione di tutti i limiti in esso previsti, nel nuovo quadro normativo sono invece escluse *solo* dall'applicazione dell'art. 3 (e, per conseguenza, dell'art. 5). Pertanto, ai fini dell'applicazione alle fattispecie in questione degli altri limiti previsti dal decreto, varranno pienamente - onde verificare la riconducibilità delle diverse fasi in esse implicate alla nozione di orario di lavoro e di riposo - le riportate indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia<sup>1061</sup>.

### 5. La durata *massima* e la durata *complessiva media* dell'orario settimanale

La rubrica dell'art. 4 del d.lgs. si riferisce alla durata massima dell'orario di lavoro. Nell'articolo, peraltro, non viene disciplinata direttamente la durata *massima* della singola settimana lavorativa, la cui fissazione è invece rinviata ai contratti collettivi (art. 4, co. 1), ma solo la durata *complessiva* (cioè comprensiva anche delle prestazioni straordinarie) *media* (cioè da rispettare su un certo arco temporale) dell'orario di lavoro settimanale (art. 4, co. 1-4); nel medesimo articolo, inoltre, si stabilisce un apposito obbligo di comunicazione per l'eventualità che, in una singola

<sup>1058</sup> Per talune, anche contrastanti, soluzioni fornite dalla dottrina in merito alla riconducibilità di varie ipotesi (quali i tempi di trasferta, il c.d. tempo tuta, ecc.) alla nozione di orario di lavoro - elaborate talora anche alla luce del disposto dell'art. 8, co. 3 (*infra*, par. 7.2) e scaturenti, almeno in alcuni casi, da uno sforzo esegetico delle norme interne che tiene conto, appunto, anche delle finalità della direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia - si possono vedere, tra gli altri, DEL PUNTA, 2003, pag. VI s.; FRANCI, 2003, pag. 792 ss.; GAROFALO D., 2003, pag. 1000 ss.; PAPAIONE, 2003, pag. 449 ss.; VICECONTE, 2003, pag. 1153 ss.; GIULIANI A., 2003 e 2005a, pag. 58 ss.; MILLO, 2003; SIMONATO, 2003, pag. 54 ss.; BOLEGO, 2004a, pag. 21 ss. e 2004b, par. V; SPINELLI, 2004b, par. VII; SPOLVERATO, 2005, pag. IV s.; PUTATURO DONATI, 2005, pag. 9 ss.

<sup>1059</sup> In tal senso, invece, si esprime la circ. Confindustria 22 aprile 2003, n. 17490 (in *Guida al lav.*, n. 22/2003, 12, sul punto 13), dalla quale sono tratti i virgolettati, forse sulla base del *suggerimento* contenuto nell'Avviso comune (ma non recepito dal legislatore delegato), alla cui stregua i criteri di computo dell'orario sarebbero dovuti rimanere in qualche modo ancorati alle previsioni di cui agli artt. 1 e 3, r.d.l. n. 692/1923. È appena il caso ancora di osservare che le affermazioni riportate in testo non paiono considerare adeguatamente anche l'evoluzione della nostra giurisprudenza interna (anche di legittimità), che in diverse occasioni aveva già affermato la riconducibilità al lavoro effettivo di fasi temporali di mera attesa nelle quali il lavoratore era però a disposizione del datore (per alcuni rife., v. TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, 15; BOLEGO, 2004b, par. III).

<sup>1060</sup> Proprio dalla predetta esclusione, la circ. Confindustria 22 aprile 2003 (citata alla nt. che precede) trae, invece, "un'indiretta conferma del carattere effettivo dell'orario, come già definito dagli articoli 1 e 3", r.d.l. n. 692/1923.

<sup>1061</sup> V. anche BELLOMO, 2004a, par. III.1.

settimana, siano superate le 48 ore settimanali di lavoro, mediante il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario (4, co. 5, sul quale si tornerà più avanti, nel par. 6.1).

Con riferimento alla previsione di cui al co. 1, è anzitutto il caso di ribadire che essa contiene in realtà un rinvio 'improprio' (per il quale valgono, dunque, le osservazioni svolte *supra*, al par. 3<sup>1062</sup>). In secondo luogo, va sottolineato che la scelta complessivamente operata dal legislatore - consistente nella già illustrata soppressione del limite massimo complessivo settimanale legale e nella contestuale previsione di un ruolo 'sostitutivo' che dovrebbe (in ipotesi) essere svolto da parte di contratti collettivi<sup>1063</sup> - si pone in contrasto con la disciplina comunitaria e, in particolare, con l'art. 6, n. 1, dir. n. 93/104/Ce, ai sensi del quale gli Stati membri devono provvedere affinché, in funzione degli imperativi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, "la durata settimanale del lavoro sia limitata mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative oppure contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali" (e si tratta, è bene osservare, di una previsione autonoma rispetto a quella contenuta nel n. 2 del medesimo art. 6, che, insieme all'art. 16 n. 2, della direttiva, disciplina, invece, la durata complessiva media dell'orario settimanale). Orbene, come osservato in altra sede<sup>1064</sup>, la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune scaturente dalla mancata attuazione dell'art. 39, co. 2 ss., Cost. e dal principio di libertà sindacale (anche negativa) sancito dall'art. 39, co. 1, Cost.<sup>1065</sup>, impedisce al nostro legislatore ordinario di attribuire a quei contratti il compito di dare attuazione alle disposizioni di una direttiva, come sarebbe invece consentito - in linea generale - dall'art. 137 del Trattato CE (oltre che dall'art. 18, par. 1, lett. a, della stessa dir. n. 93/104), ma a condizione che lo Stato membro adotti "le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva" e quindi di assicurare, appunto, l'efficacia generalizzata e la stabilità temporale degli effetti dei contratti collettivi.

Venendo poi alla disciplina della durata *complessiva media* della settimana lavorativa (art. 4, co. 2 ss., la cui violazione è sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 3), va detto che essa è fissata in 48 ore per *ogni* periodo di sette giorni (co. 2); tale *media*, in particolare, deve essere calcolata (cioè deve essere rispettata) con riferimento ad un arco temporale non superiore a quattro mesi (co. 3), elevabile - ad opera dei contratti collettivi selezionati ad opera del già citato art. 1, co. 2, lett. m - fino a sei mesi ovvero, "a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti", fino a dodici mesi (art. 4, co. 4)<sup>1066</sup>. Alla luce del chiaro tenore di quest'ultima previsione, risultano illegittime le clausole dei contratti collettivi che prevedono periodi di riferimento superiori ai sei mesi, senza però indicare le suddette ragioni, ovvero che rechino ragioni palesemente "incongrue" o "insussistenti"<sup>1067</sup>.

<sup>1062</sup> Cfr. altresì BELLOMO, 2004b, par. III.

<sup>1063</sup> Al momento, si tratta di casi rari: v. LELLA, 2005, pag. V.

<sup>1064</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 8 s.

<sup>1065</sup> Ma al riguardo v., *supra*, la nt. 18.

<sup>1066</sup> Si è osservato, condivisibilmente, che non può ritenersi impedita l'introduzione negoziale anche di un periodo di riferimento più contenuto, che garantirebbe una maggiore tutela per i lavoratori (BELLOMO, 2004b, pag. 202). Analogamente, i contratti collettivi potrebbero anche prevedere una riduzione (e non, ovviamente, un'elevazione) dello stesso limite complessivo medio delle 48 ore.

<sup>1067</sup> Le espressioni virgolettate sono, rispettivamente, di DEL PUNTA, 2003, pag. XIII, e di ROCCELLA, 2005, pag. 291; v. anche TOPO, 2003a, pag. 194. Per un rassegna di clausole di tal fatta e per le conseguenze sanzionatorie che possono derivare a carico del datore di lavoro che le applichi, v. LELLA, 2005, pagg. V ss. e XXVI.



Questo rinvio 'derogatorio' (quindi 'proprio' e selettivo) alla contrattazione collettiva è peraltro accompagnato dalla previsione di un ruolo 'sostitutivo' del Ministro. Infatti, ai sensi dell'art. 17, co. 2, del decreto, "in mancanza di disciplina collettiva", il Ministro del lavoro o, per i pubblici dipendenti il Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il primo, "su richiesta delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro" (non è quindi necessaria una richiesta congiunta), è chiamato ad adottare con proprio decreto, sentite le stesse parti (tutte, quindi), la deroga a numerose disposizioni del d.lgs. n. 66, tra le quali, appunto, l'art. 4, co. 3. In caso di intervento ministeriale, però, l'elevazione del periodo di riferimento per il calcolo della media settimanale è possibile nel limite di sei mesi, solo nei casi, comunque molto numerosi, elencati dal citato art. 17, co. 2, e nel rispetto della clausola di salvaguardia contenuta nel co. 4 dello stesso articolo<sup>1068</sup>.

Qualche esemplificazione può essere utile per una migliore comprensione della portata delle disposizioni in questione (le quali, è bene precisare, "non si applicano" ai lavoratori la cui durata del lavoro non è misurata o predeterminata o può essere da loro stessi determinata: v. più ampiamente *infra*, par. 7.1):

- qualora un'azienda adotti un modulo orario di 40 ore settimanali (cioè non utilizzi forme di orario multiperiodale), potrà far ricorso al lavoro straordinario (nel rispetto degli specifici limiti posti dall'art. 5, su cui si tornerà nel par. successivo) superando le 48 ore settimanali, anche in modo cospicuo e per un periodo piuttosto prolungato (ad es.: 54 ore complessive per due mesi; circa 42 ore complessive per gli altri due mesi: la media delle 48 è così rispettata nell'arco di 4 mesi). Gli spazi di flessibilità, evidentemente, aumentano in caso di presenza di contratti collettivi che abbiano elevato da quattro a sei o, ancora, a dodici mesi il periodo entro cui rispettare le 48 ore complessive come *media* (ad es., 56 ore complessive per due mesi; circa 42 ore complessive per quattro mesi). Per converso, quegli spazi si riducono se i medesimi contratti, in attuazione del rinvio contenuto nel citato co. 1 dell'art. 4, hanno introdotto specifici limiti massimi di durata settimanale (ad es. 52 ore);

- qualora un'azienda abbia invece già programmato - in presenza di un contratto collettivo che lo consenta - una distribuzione multiperiodale delle 40 ore d'orario normale (ad es. due mesi a 60 ore d'orario normale; due mesi a 20 ore d'orario normale), potrà anche in questo caso far ricorso significativo a prestazioni straordinarie (ad es., concentrandole nel periodo di riduzione d'orario, in modo da ottenere due mesi a 60 ore d'orario normale e due mesi a circa 36 ore, cioè 20 di orario normale e 16 di straordinario; ovvero, utilizzandole proprio nelle settimane per le quali è prevista una più elevata soglia di orario normale). Anche in questo caso, comunque, la previsione collettiva che eventualmente elevi il periodo di riferimento, fino a sei o dodici mesi, determinerà

<sup>1068</sup> L'art. 17, co. 4, riprendendo un'analoga previsione della dir. n. 104, stabilisce che l'elevazione del periodo di riferimento ad opera di un d.m. sia condizionata alla concessione di "periodi equivalenti di riposo compensativo", ovvero, per i casi eccezionali in cui tale concessione non sia possibile per motivi oggettivi, a che "ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata". Questa clausola di salvaguardia, per un evidente difetto di coordinamento tra le diverse norme del decreto, non è però dettata anche con riferimento all'ipotesi in cui la deroga al periodo di riferimento sia previsto dai contratti collettivi, com'è invece imposto dalla medesima direttiva (v. art. 17, par. 3, co. 3, dir. n. 104): sulla questione v., più ampiamente, BELLOMO, 2004b, pag. 212 ss.



un incremento degli spazi di flessibilità, così come, per converso, questi ultimi potranno ridursi se il contratto collettivo prevede specifici limiti settimanali massimi.

Uno specifico e rilevante problema interpretativo posto dalle disposizioni sin qui esaminate, come del resto dalle corrispondenti previsioni comunitarie, attiene al momento dal quale decorre il periodo di riferimento di quattro (ovvero sei o dodici) mesi. In particolare, alla tesi secondo cui tale periodo sarebbe *fisso*, cioè predeterminato e calendarizzato (con decorrenza dall'entrata in vigore della legge ovvero dei contratti collettivi che prevedano l'allungamento dell'arco temporale)<sup>1069</sup>, si può obiettare che - in tal modo - si rischierebbe di frustrare le finalità di protezione della salute dei lavoratori perseguite dal legislatore comunitario. Infatti, ove si segua tale tesi, ben sarebbe possibile che si verificassero "superamenti del limite di quarantotto ore settimanali medie i quali, pur intervenendo nell'ambito di un periodo quadrimestrale, rimarrebbero insuscettibili sia di accertamento sia di sanzione: ciò accadrebbe quando tali scostamenti per eccesso derivino dalla somma degli orari osservati nell'ambito dei periodi quadrimestrali che siano collocati a cavallo tra un quadrimestre di calendario e quello successivo"<sup>1070</sup>.

Ma effetti ancora più perversi si produrrebbero in caso di ricorso - da parte della contrattazione collettiva - alle facoltà di deroga sopra descritte. Seguendo la tesi del periodo *fisso*, infatti, potrebbe addirittura accadere - in assenza di un autonomo limite legale valevole nella singola settimana - che ad un lavoratore possa essere legittimamente richiesto di lavorare fino a 77 ore alla settimana<sup>1071</sup> per *dodici mesi consecutivi*, risultanti dalla somma di due periodi semestrali, posti, rispettivamente, al termine di un primo periodo fisso di dodici mesi e all'inizio del successivo<sup>1072</sup>.

In definitiva, l'unica interpretazione che consente di scongiurare simili fenomeni di 'rime incrociate' e garantire che il limite di 48 ore sia rispettato "in ogni caso" (secondo l'espressa previsione dell'art. 4) nell'arco temporale di riferimento è quella secondo cui quest'ultimo è da considerare *mobile*; pertanto, al fine di verificare il rispetto della soglia media in questione, andrebbe considerato ogni periodo di quattro (ovvero sei o dodici) mesi decorrente, a ritroso, a partire da ogni giorno di prestazione lavorativa<sup>1073</sup>.

Sempre con riferimento ai criteri di computo della media, va anche considerato che, ai sensi l'art. 6, co. 1, nel calcolo di quest'ultima non vanno presi in considerazione i periodi di ferie annue e quelli di assenza per malattia (art. 6, co. 1; l'elencazione, secondo una diffusa lettura della norma, non avrebbe peraltro carattere tassativo, potendo essere integrata dall'interprete con riferimento a tutte le situazioni in cui sia riscontrabile una identità di *ratio*, quali - ad esempio - maternità e infortunio<sup>1074</sup>). La previsione comporta una 'neutralizzazione' dei periodi in questione, che

<sup>1069</sup> V., per tutti, BAVARO, 2004a, pag. 287 ss.

<sup>1070</sup> In tal senso, condivisibilmente, BELLOMO, 2004b, pag. 204; v. anche LELLA, 2004, pag. 563 ss.

<sup>1071</sup> Limite derivante indirettamente, come già accennato, dall'art. 7.

<sup>1072</sup> V. anche LELLA, 2005, pag. V s. E' peraltro il caso di osservare che una simile evenienza potrebbe verificarsi ove i contratti collettivi intervenissero anche ad elevare il tetto annuale di lavoro straordinario previsto dall'art. 5, su cui v., *infra*, par. 6.

<sup>1073</sup> V., ancora, BELLOMO, 2004b, pag. 202 ss.; LELLA, 2004, pag. 563 ss., nonché pagg. 569 s. e 580 ss., con riferimento alle ragioni che inducono a ritenere irrilevante, ai fini della questione qui trattata, il diverso profilo dell'adempimento all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 4, co. 5 (su cui v. *infra*, par. 6.1), il quale non può che essere stabilito a termine fisso.

<sup>1074</sup> V., anche per ulteriori rinvii e per i necessari riferimenti a quanti hanno sostenuto la tesi opposta, TOPO, 2003b; BELLOMO, 2004b, pag. 205 ss.; BAVARO, 2004a, pag. 280 ss. Cfr. anche circ. Min. lav. n. 8/2005, punti 7 e 11.

dovrebbe tradursi in un corrispondente 'scorrimento' (o 'slittamento') del periodo di riferimento<sup>1075</sup>.

Ai fini della media non si computano, poi, le ore di lavoro straordinario, se il lavoratore abbia beneficiato di un riposo compensativo previsto dai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 5, co. 5, in alternativa o in aggiunta alla relativa maggiorazione (art. 6, co. 2). Simili meccanismi di compensazione sono ormai presenti - sia pure con talune differenze, anche significative - in quasi tutti i contratti pubblici e privati, assumendo spesso la definizione di banca delle ore o di crediti-ore<sup>1076</sup>. Al riguardo è opportuno rilevare che molti contratti collettivi consentono che il recupero avvenga dopo molto tempo dall'erogazione delle prestazioni straordinarie o, addirittura, non avvenga affatto e sia, quindi, monetizzato. Sennonché, è evidente che - al fine di evitare il superamento del limite medio complessivo delle 48 ore di cui all'art. 4 nel periodo di riferimento di 4, 6 o 12 mesi (a seconda delle previsioni dei contratti collettivi o dell'eventuale d.m.) - il recupero deve avvenire realmente entro il periodo medesimo. In proposito, può essere considerato dirimente l'inciso, contenuto nell'art. 6, co. 2, alla cui stregua il mancato computo dello straordinario nella media opera se, in quel periodo, il lavoratore "ha beneficiato" del riposo (cioè, ne ha già beneficiato) e non se lo ha meramente "maturato". Una diversa interpretazione, del resto, porrebbe in contrasto la nostra disciplina con quella comunitaria che ammette sì deroghe al limite medio delle 48 ore, ma solo con riferimento al periodo entro cui calcolare la media.

## 6. La nuova disciplina dello straordinario

Decisamente innovativa è la disciplina dello straordinario contenuta nel d.lgs. n. 66, che ricalca in parte, ma con significative innovazioni, le previsioni dell'art. 5-bis, r.d.l. n. 692/1923, come sostituito dal d.l. n. 335/1998 (conv. con modif. nella l. n. 409/1998), il quale conteneva specifiche limitazioni per le sole imprese industriali<sup>1077</sup>. In tal modo si realizza una piena equiparazione tra tutti i datori di lavoro (datori non imprenditori, imprese industriali ed imprese non industriali) in merito al regime legale delle prestazioni straordinarie.

L'art. 5, dopo aver enunciato il principio generale secondo cui "il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto" (art. 5, co. 1)<sup>1078</sup>, affida però ai contratti collettivi (qualificati ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett *m*) il compito di regolamentare "le eventuali modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario", sia pure "fermi restando i limiti di cui all'art. 4" (art. 5, co. 2). I medesimi contratti sono poi chiamati a prevedere le maggiorazioni retributive con cui lo straordinario (il quale va comunque computato a parte) deve essere compensato e possono consentire che, "in alternativa o in aggiunta" a tali maggiorazioni, "i lavoratori usufruiscano di riposi

<sup>1075</sup> BELLOMO, 2004b, pag. 206; GIULIANI A., 2005a, pag. 73; cir. Min. lav. n. 8/2005, punti 7 e 11. *Contra*, BAVARO, 2004a, pag. 290 ss.; LELLA, 2004, pag. 565 ss.

<sup>1076</sup> Per l'analisi di diversi modelli di banca delle ore, v. LECCESE, 2002, pag. 79 ss.

<sup>1077</sup> Su questa disciplina v., tra gli altri, FERRANTE, 1999; ALLAMPRESE, 2001a; LECCESE, 2001 (spec. pag. 356 ss.).

<sup>1078</sup> L'affermazione di principio potrebbe avere un significato ulteriore rispetto a quello di mera 'introduzione' alla disciplina concretamente dettata nell'art. 5, ove messa in connessione con la disciplina in tema di salute e sicurezza del lavoro: cfr. LAI, 2004a, pag. 82, il quale osserva come, poiché lo svolgimento di lavoro straordinario può costituire uno specifico rischio per il lavoratore, in capo al datore di lavoro gravi sia l'obbligo di risarcire i danni derivanti da superlavoro (come già riconosciuto in giurisprudenza), sia quello di valutare tale rischio e, ove ritenuto sussistente, di adottare le necessarie misure in materia di informazione, formazione, sorveglianza sanitaria (ai sensi del d.lgs. n. 626/1994).

compensativi” (art. 5, co. 5: l’ultima parte della previsione, unita a quella contenuta nel menzionato art. 6, co. 2, si traduce in un incentivo del ricorso a quelle forme di *banca-ore* che, come s’è detto, già sono previste nella contrattazione collettiva)<sup>1079</sup>.

È ben evidente la distanza tra la nuova disposizione e l’originaria previsione dell’art. 5, r.d.l. n. 692, il quale *impon*eva limiti quantitativi allo straordinario (2 ore al giorno e 12 settimanali) e stabiliva un’entità minima della maggiorazione (10%)<sup>1080</sup>, oltre a richiedere espressamente l’accordo tra le parti.

La nuova norma, invece, rinvia - nei termini anzidetti - alla contrattazione collettiva il compito di intervenire sulla materia (e ciò, per inciso, fa salve anche le disposizioni contrattuali già vigenti) e si preoccupa di dettare una disciplina che supplisca ad una eventuale carenza della prima. Infatti, “in difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le 250 ore annuali” (art. 5, co. 3, d.lgs. n. 66)<sup>1081</sup>. Ciò significa che la disciplina negoziale cui rinvia il secondo comma dell’art. 5 del d.lgs. può elevare, oltre che ridurre, il limite quantitativo da ultimo menzionato<sup>1082</sup> (si tratta di un limite ormai solo annuale, mentre l’*Avviso comune* del 1997 e, poi, l’art. 5-bis, r.d.l. n. 692, come sostituito dalla l. n. 409/1998, prevedevano per le imprese industriali anche un limite trimestrale di 80 ore); inoltre, secondo l’interpretazione prevalente, quella disciplina potrebbe anche imporre al singolo - mediante “un’apposita precisazione”<sup>1083</sup> - lo svolgimento del lavoro straordinario, superando così il principio di volontarietà dello stesso, stabilito dall’art. 5, co. 3.

Il medesimo art. 5 del d.lgs. precisa poi che, “salvo diversa previsione dei contratti collettivi il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario è *inoltre* ammesso” (par di capire, anche in deroga al principio di volontarietà ed al di là dei limiti quantitativi di 250 ore annue<sup>1084</sup>, che peraltro, come s’è appena detto, possono comunque essere elevati dai medesimi contratti) nelle seguenti ipotesi:

<sup>1079</sup> Merita qui di essere richiamato un modello di *banca-ore* peculiare, ma di particolare interesse alla luce del tenore letterale dell’art. 5, co. 5. Si tratta del modello previsto dal contratto collettivo dei chimici artigiani (v. il rinnovo del 12 luglio 2000), il quale prevede, da un lato, che la maggiorazione non sia corrisposta, ma tradotta “in termini di quantità orarie”; dall’altro, che il lavoratore, il quale accetti questa modalità di recupero delle ore supplementari e straordinarie, abbia diritto al riconoscimento di un’ulteriore quantità di ore di permesso retribuite pari al 5% delle ore accumulate.

<sup>1080</sup> Sulla permanenza del diritto del lavoratore ad una maggiorazione retributiva e sui problemi relativi alla sua quantificazione, v. FERRANTE, 2004a, pagg. 1309-1314 (anche con riferimento alle pertinenti pronunce della Corte costituzionale).

<sup>1081</sup> Si è giustamente sottolineato che il principio del consenso individuale rischia di venire frustrato ove l’azienda ricorra a moduli multiperiodali d’orario (v., *supra*, par. 4) senza procedere ad una preventiva ‘calendarizzazione’ dei periodi di superamento e, conseguentemente, di riduzione delle 40 ore; in tali casi, infatti, l’eventuale superamento della media delle 40 ore sarebbe verificabile solo a consuntivo (ALLAMPRESE, 2004, pag. 233 s.; cfr. anche BAVARO, 2004b, pag. 1298 s.).

<sup>1082</sup> Con riferimento a tali evenienze, si è ritenuto, che la sanzione amministrativa prevista dall’art. 18-bis, co. 6, scatti al superamento del tetto negoziale, se superiore a quello legale, ovvero al superamento di quest’ultimo, ove i contratti collettivi abbiano invece previsto una soglia più contenuta (v., per tutti, ALLAMPRESE, 2004, pag. 230, LELLA, 2004, pag. 573; v. anche la Circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 10).

<sup>1083</sup> V. ALLAMPRESE, 2004, pag. 232; v. anche LELLA, 2005, pag. XV (cui si rinvia anche per la disamina - a pp. XIII-XV - delle clausole dei contratti collettivi relativi sia a questo profilo, sia agli altri menzionati in testo); BOLEGO, 2004a, pag. 111 ss.

<sup>1084</sup> V. BARRACO, 2003, pag. 220 s.; ALLAMPRESE, 2004, pag. 234 ss.; FERRANTE, 2004a, pag. 1315 ss.; GIULIANI A., 2005b, pag. 96.

“a) casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive e di impossibilità di fronteggiare attraverso l’assunzione di altri lavoratori;

b) casi di forza maggiore o casi in cui la mancata esecuzione di prestazioni di lavoro straordinario possa dare luogo a un pericolo grave e immediato ovvero a un danno alle persone o alla produzione;

c) eventi particolari, come mostre, fiere e manifestazioni collegate alla attività produttiva, nonché allestimento di prototipi, modelli o simili, predisposte per le stesse, preventivamente comunicati agli uffici competenti ai sensi dell’articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall’articolo 2, co. 10, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e in tempo utile alle rappresentanze sindacali aziendali”<sup>1085</sup>.

Alla luce di quanto sin qui esposto, non si può negare che il decreto ha determinato un ampliamento delle possibilità d’utilizzo del lavoro straordinario. Un simile effetto, invero, è immediatamente percepibile già se si pensa alla sua ampia utilizzabilità nella singola giornata o settimana (in virtù del ricordato abbandono dei limiti giornalieri e settimanali alle prestazioni straordinarie<sup>1086</sup>). A ciò si aggiunga l’eliminazione, per le imprese industriali, del limite trimestrale di 80 ore e, per le altre imprese, di tutti i limiti procedurali imposti, almeno sulla carta, dalle norme attuative del r.d.l. n. 692 del 1923<sup>1087</sup> (ma sui nuovi obblighi procedurali, v. *infra*, par. 6.1). D’altra parte, lo spazio lasciato all’intervento della contrattazione collettiva è talmente ampio da rendere possibile un ulteriore allentamento, come del resto un irrigidimento, negoziale della disciplina.

Va poi rammentato che - per quanto sopra detto (v. par. 4.1) - *tutti* i limiti allo straordinario non si applicano per le attività e le prestazioni elencate nell’art. 16, oltre che per i lavoratori la cui attività abbia le caratteristiche previste dall’art. 17, co. 5 (dirigenti, personale direttivo, manodopera familiare, ecc.), salvo diverse previsioni dei contratti collettivi, che possono ovviamente garantire una maggiore tutela, indipendentemente dal fatto che il decreto contenga (come nel caso dell’art. 16, co. 1) o meno una specifica previsione in tal senso.

Un’ultima osservazione concerne la sopravvivenza dello specifico disincentivo allo svolgimento di prestazioni straordinarie previsto dall’art. 2, co. 18-21, della l. n. 549/1995, con il quale il legislatore ha imposto penalizzazioni contributive in caso di superamento della quarantesima ora di lavoro settimanale. Ebbene, poiché tali previsioni non sono “espressamente richiamate” nel d.lgs.

<sup>1085</sup> Il richiamo all’art. 19, l. n. 241/1990 (come modificato dalla l. 537/1993), contenuto nella lett. c (ma già presente nel testo dell’art. 5-bis introdotto dalla l. n. 409/1998), sembra comportare un’attività di controllo e d’inibizione dell’organo pubblico, sia pure con esclusivo riferimento agli eventi particolari, come mostre, fiere, manifestazioni, ecc. L’art. 19, l. n. 241, infatti, prevede che, in tutti i casi in cui l’esercizio di un’attività sia subordinata ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro consenso, il cui rilascio dipenda dal mero accertamento di presupposti e requisiti di legge, l’atto di consenso s’intende sostituito da una denuncia di inizio attività da parte dell’interessato alla p.a. competente. Inoltre, a seguito della denuncia, l’autorità amministrativa ha sessanta giorni per verificare se sussistano i presupposti e requisiti di legge e disporre, se del caso, “il divieto di prosecuzione dell’attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l’interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall’amministrazione stessa”.

<sup>1086</sup> Per il vero, secondo una non condivisibile opinione (espressa a suo tempo dal Ministero del lavoro), le imprese *industriali*, già a seguito della l. n. 409, non erano più tenute a rispettare i limiti giornalieri e settimanali fissati dall’art. 5, r.d.l. n. 692, ma solo quelli indicati dal nuovo testo dell’art. 5-bis, cioè “i limiti temporali [...] stabiliti dalla contrattazione collettiva e, in mancanza, dalla legge (80 ore trimestrali e 250 annue)” (v. circ. Min. lav. 15 febbraio 2000, n. 10). Per una critica v. LECCESE, 2001, pag. 362 ss.

<sup>1087</sup> Cfr. artt. 9 e 8, r.d. n. 1955/1923 e artt. 7 e 5, r.d. n. 1956/1923.

n. 66, se ne potrebbe dedurre, ove si opti per un'interpretazione estensiva della norma abrogativa contenuta nell'art. 19, co. 2, del decreto, che esse siano venute meno con l'entrata in vigore di quest'ultimo. La conclusione opposta, che sembra al momento prevalere<sup>1088</sup>, potrebbe invece trarre argomento dalla specialità delle previsioni contenute nella l. n. 549, le quali non incidono sui presupposti e sui limiti per il ricorso al lavoro straordinario, ma hanno l'unico obiettivo di rendere meno *conveniente* il suo utilizzo, sì da incentivare la riduzione degli orari - se non altro di quelli di fatto - in vista dell'incremento dei livelli occupazionali.

In proposito giova comunque rammentare che la l. n. 549 esclude che la penalizzazione contributiva si verifichi in presenza di regimi multiperiodali previsti dai contratti collettivi: la contribuzione, infatti, non è dovuta quando la soglia delle 40 ore sia rispettata come media, in un periodo di riferimento non superiore a 12 mesi, "nel caso di regime di orario plurisettimanale previsto dai contratti collettivi nazionali ovvero, in applicazione di questi ultimi, dai contratti collettivi di livello inferiore" (art. 2, co. 18). Inoltre, profilo questo di estremo interesse, la medesima penalizzazione è altresì esclusa quando "lo svolgimento di lavoro straordinario crei in capo al lavoratore, secondo i criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva, il diritto ad una corrispondente riduzione dell'orario normale di lavoro e tale riduzione venga effettivamente goduta" (art. 2, co. 21). L'ampia formulazione di quest'ultima previsione lascia intendere che la competenza possa essere direttamente riconosciuta ad ogni livello contrattuale e che le modalità delle riduzioni possano essere le più varie, quali i permessi individuali finalizzati a ridurre l'orario di lavoro (r.o.l.), i crediti-ore e così via<sup>1089</sup>.

#### 6.1. I nuovi obblighi procedurali per il lavoro straordinario

Come già accennato, l'art. 4, co. 5, stabilisce un apposito obbligo di comunicazione per l'eventualità che siano superate le 48 ore settimanali di lavoro, mediante il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario. La nuova previsione unifica il sistema degli obblighi procedurali, che in passato risultavano differenziati a seconda che si trattasse di imprese non industriali e di datori di lavoro non imprenditori (tenuti al rispetto delle procedure dettate, in via generale, negli artt. 9 e 8, co. 3 ss., r.d. n. 1955/1923 e, per le aziende agricole, negli artt. 7 e 5, co. 3 ss., r.d. n. 1956/1923), ovvero di imprese industriali (per le quali operava l'art. 5-bis, co. 1, r.d.l. n. 692, come sostituito dalla l. n. 409/1998<sup>1090</sup>, nonché il d.m. 3 agosto 1999, emanato ai sensi dell'art. 1, co. 2-bis, della stessa l. n. 409). In tal modo, tra l'altro, vengono superati taluni problemi interpretativi che si erano posti in merito alla necessità o meno, per le imprese industriali, di rispettare *anche* le norme che prevedevano le procedure generali (problema, invero, reso meno rilevante alla luce della sostanziale ineffettività delle norme medesime).

Il nuovo obbligo, appositamente sanzionato (v. art. 18-bis, co. 5), è così delineato: "in caso di superamento delle 48 ore di lavoro settimanale, attraverso prestazioni di lavoro straordinario,

<sup>1088</sup> V., per tutti, BOLEGO, 2004a, pag. 132 ss.

<sup>1089</sup> La circ. Min. lav. 10 luglio 1996, n. 100 ha infatti escluso che siano computabili, ai fini del superamento delle 40 ore, i periodi non lavorati aventi finalità di ridurre l'orario, quali ferie aggiuntive e permessi, o di tutela della salute (pausa pasto o riposi intermedî).

<sup>1090</sup> Il testo del citato art. 5-bis, co. 1, era il seguente: "Nelle imprese industriali, in caso di superamento delle 45 ore settimanali, attraverso prestazioni di lavoro straordinario, il datore di lavoro informa, entro 24 ore dall'inizio di tali prestazioni, la Direzione provinciale del lavoro - Settore ispezione del lavoro competente per territorio, che vigila sull'osservanza delle norme di cui al presente articolo".

per le unità produttive che occupano più di dieci dipendenti, il datore di lavoro è tenuto a informare, entro trenta giorni dalla scadenza del periodo di riferimento di cui ai precedenti commi 3 e 4, la Direzione provinciale del lavoro – Settore ispezione del lavoro competente per territorio. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire le modalità per adempiere al predetto obbligo di comunicazione” (il testo è quello risultante dalla modifica disposta dal d.lgs. n. 213/2004).

Com'è evidente, la norma recepisce la logica di fondo della l. n. 409, poiché non prevede alcuna procedura autorizzatoria (invece contemplata dalle citate disposizioni dei rr.dd. nn. 1956 e 1957 del 1923), ma solo un obbligo di comunicazione successiva. Peraltro, essa si differenzia dai contenuti di tale legge per diversi e rilevanti profili:

- la comunicazione è oggi dovuta in caso di superamento, con prestazioni straordinarie<sup>1091</sup>, delle 48 settimanali e non più delle 45;
- sono soggetti obbligati tutti i datori di lavoro e non più solo le imprese industriali;
- l'obbligo concerne solo le unità produttive che occupino più di 10 dipendenti;
- la comunicazione va resa non più entro 24 ore dallo svolgimento delle prestazioni straordinarie, ma solo entro trenta giorni<sup>1092</sup> dal termine del periodo di riferimento *quadrimestrale* previsto dall'art. 4, co. 3, per il rispetto del limite medio complessivo di 48 ore ovvero - qualora i contratti collettivi abbiano fatto uso delle facoltà di deroga concessa dall'art. 4, co. 4 - al termine del *sestreste* o dell'*anno* (si rammenti che, ai sensi dell'art. 17, co. 2, il ministro può, con determinate procedure, supplire alla mancanza di una disciplina collettiva, elevando con proprio d.m. il periodo di riferimento, nel limite però dei sei mesi)<sup>1093</sup>;
- è scomparsa, quanto ai termini e alle modalità di effettuazione delle comunicazioni, la previsione che rinviava la loro determinazione ad un apposito d.m., per i “casi in cui i contratti collettivi di lavoro riferiscono l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo plurisettimanale” (art. 1, co. 2-bis, l. n. 409)<sup>1094</sup>. Tale competenza è oggi invece attribuita ai contratti collettivi (qualificati ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. m), i quali “possono stabilire le *modalità*

<sup>1091</sup> È quindi evidente che non è dovuta alcuna comunicazione se il superamento avvenga *esclusivamente* mediante il ricorso alla distribuzione multiperiodale, preventivamente autorizzata dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 3 (*supra*, par. 4).

<sup>1092</sup> Questa puntualizzazione, assente dal testo originario del d.lgs. n. 66 (il quale si limitava a far riferimento, per indicare il momento della comunicazione, alla scadenza del periodo di riferimento), è stata introdotta dal d.lgs. n. 213/2004. Pertanto sono ormai superate le diverse valutazioni espresse, in proposito, nelle circ. Min. lav. del 30 luglio 2003, n. 27, e dell'11 settembre 2003 (prot. 5/27373/70); al contrario, la modifica legislativa non incide sulle indicazioni fornite dalla citata circ. n. 27/2003 con riferimento ai contenuti della comunicazione.

<sup>1093</sup> Come già accennato, il periodo di riferimento va considerato - a differenza di quanto accade ai fini della verifica del rispetto delle 48 ore come media (*supra*, par. 5) - a termine fisso e non mobile (v. LELLA, 2004, pag. 577 ss.; cfr. ora la circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punti 7 e 11).

<sup>1094</sup> Pertanto, non può più essere applicato il d.m. 3 agosto 1999 (emanato ai sensi del citato art. 1, co. 2-bis), il quale prevedeva che i datori di lavoro i quali, in applicazione di contratti collettivi, avessero riferito l'orario normale di lavoro alla media delle prestazioni lavorative in un periodo plurisettimanale, avrebbero dovuto rendere la prescritta informazione al servizio ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro, “entro il primo giorno feriale lavorativo successivo a quello in cui è stata effettuata la prestazione straordinaria, ogni qualvolta nel corso del mese solare vi sia una prestazione eccedente venti ore complessive nell'arco del mese considerato, rispetto all'orario normale di lavoro individuato dal contratto” (art. 2). Peraltro, ove l'orario normale programmato su base plurisettimanale avesse ecceduto le quarantacinque ore, la predetta comunicazione doveva essere effettuata in caso di superamento delle “tre ore nell'arco della settimana”. Ulteriori chiarimenti ed esemplificazioni su queste ultime previsioni erano state dettate nella circ. Min. lav. 15.2.2000, n. 10.

per adempiere al predetto obbligo di comunicazione” (art. 4, co. 5, ultimo periodo, d.lgs. n. 66): nonostante l’ambiguità della previsione, pare infatti che l’intervento della contrattazione collettiva su questo profilo abbia senso proprio nei casi in cui sia consentita, ai sensi dell’art. 3, co. 2, d.lgs., una distribuzione multiperiodale dell’orario settimanale<sup>1095</sup>.

## 7. Le novità in materia di pause, riposi e ferie

Il capo III del decreto - relativo alle pause, ai riposi e alle ferie - contiene previsioni fortemente innovative per il nostro ordinamento.

Tali previsioni, in particolare, sono dirette a colmare il divario esistente tra la disciplina nazionale previgente e le disposizioni comunitarie: si pensi alla norma sul riposo minimo consecutivo di 11 ore su di un arco temporale mobile di 24 ore (art. 3, dir. n. 104), che era assente nella nostra legislazione; al regime delle pause (art. 4, dir. n. 104), delle quali la disciplina interna del 1923 si occupava unicamente al fine di stabilire la loro computabilità o meno come lavoro effettivo<sup>1096</sup>, mentre apposite tutele concernevano solo taluni lavoratori (ad esempio, minori ed addetti ai videoterminali)<sup>1097</sup>.

Altri profili d’inadeguatezza rispetto alla dir. n. 104 concernevano, poi, l’intreccio tra riposo giornaliero e riposo settimanale - poiché nessuna norma interna imponeva e garantiva espressamente che il lavoratore godesse di un periodo di riposo di almeno 35 ore per ogni periodo di sette giorni<sup>1098</sup> (v. art. 5, par. 1, dir. n. 104, ma anche le deroghe consentite dal par. 3 del medesimo articolo, oltre che dagli artt. 16, n. 1, e 17) - e la fissazione di una durata delle ferie retribuite pari almeno a 4 settimane (art. 7, dir. n. 104), dal momento che - salvo talune previsioni speciali - quella durata era fissata in sole tre settimane ad opera della Conv. Oil n. 132 del 1970, ratificata dall’Italia con la l. n. 157 del 1981<sup>1099</sup>.

### 7.1. Il riposo giornaliero

Venendo al dettaglio delle nuove previsioni, va anzitutto menzionato l’art. 7 del d.lgs., il quale prevede che, ferma restando la durata normale dell’orario settimanale (40 ore che, come s’è detto, possono però essere rispettate come media entro l’anno, ove ciò sia previsto dai contratti collettivi qualificati ai sensi dell’art. 1, co. 2, lett. m), “il lavoratore ha diritto a undici ore di riposo consecutivo *ogni ventiquattro ore*”.

In proposito va osservato che la differenza lessicale che si riscontra tra questa previsione e l’art. 3, dir. n. 104 (il quale prevede che il lavoratore debba beneficiare, “nel corso di *ogni periodo di*

<sup>1095</sup> V. anche ALLAMPRESE, 2004, pag. 240 s. Ma sull’attuazione del rinvio nei contratti di categoria, v. LELLA, 2005, pag. VIII s.

<sup>1096</sup> V. art. 5, r.d. n. 1955/1923; art. 4, r.d. n. 1956/1923.

<sup>1097</sup> Su queste tutele e sulla loro permanenza in vigore v. DE MOZZI, 2003, pag. 252 ss.; SPINELLI, 2004b, pag. 333 s.; CORTI, 2004b, pag. 1345 ss.

<sup>1098</sup> Ma v. sin d’ora Corte cost. n. 102/1976, su cui si tornerà *infra*, in conclusione del par. 7.3.

<sup>1099</sup> Sulla cui efficacia, peraltro, sono stati sollevati dubbi (per alcuni rinvii v. LECCESE, 2004b, pag. 1322, nt. 3); in generale, sulla mancanza di precettività delle tutele previste in materia da fonti internazionali, seppur ratificate dal nostro paese, in mancanza di specifiche norme legislative attuative (il problema concerne ovviamente anche l’art. 2, n. 3, della Carta sociale europea, il quale, nel testo revisionato dal Consiglio d’Europa nel 1996, prevede un minimo di quattro settimane di ferie annuali), v. DEL PUNTA, 2004, pag. 383.



*ventiquattro ore*, di un periodo minimo di riposo di 11 ore consecutive”) è assolutamente irrilevante ai fini dell’individuazione del precetto e della verifica in concreto delle condizioni necessarie affinché il medesimo sia rispettato. Alla luce di entrambe le formulazioni, infatti, è necessario che, *da qualsiasi momento si inizino a conteggiare le 24 ore* (le quali costituiscono, quindi, un arco temporale non fisso, ma *mobile*), sia riscontrabile: (a) un lasso temporale di riposo, compreso tra la fine di una prestazione e l’inizio dell’altra, pari a 11 ore, le quali (b) siano godute in modo consecutivo<sup>1100</sup>; ed il mancato rispetto anche solo di una delle due condizioni previste dall’art. 7 determina - dopo le modifiche apportate dal d.lgs. correttivo n. 213 - l’applicazione di sanzioni amministrative (v. art. 18-bis, co. 4, d.lgs. n. 66, introdotto dal d.lgs. n. 213/2004).

Il riposo in questione, peraltro, può essere concesso anche in modo non consecutivo per “le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata” (v. il secondo periodo dell’art. 7); questa deroga al principio della consecutività è ammessa dalla direttiva n. 104, la quale si riferisce, in particolare, al “personale addetto alle attività di pulizia” (art. 17, par. 2.3, lett. b, dir. n. 104). La norma è chiara nel consentire il frazionamento del riposo solo ove il (corrispondente) frazionamento della prestazione lavorativa sia dovuto alle *caratteristiche* dell’attività svolta, cioè in presenza di “specifiche ragioni intrinseche o strutturali” della medesima attività, che lo rendano necessario<sup>1101</sup>.

D’altra parte, le disposizioni dell’art. 7 (come quelle dei successivi artt. 8, 12 e 13) possono essere derogate “mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione” (art. 17, co. 1). In questo caso, quindi, il rinvio legale è riferito ad una contrattazione collettiva specificamente selezionata anche con riferimento al livello competente, a differenza di quanto previsto - in via generale - dall’art. 1, co. 2, lett. m.

Si tratta di una facoltà di deroga che, dal punto di vista causale, risulta *incondizionata*, nel senso che essa non è limitata dall’individuazione legislativa di presupposti oggettivi (ad esempio, i contratti collettivi potranno prevedere una deroga per i lavori discontinui, di cui si è detto *supra*, par. 4.1). Ampio è poi il possibile *oggetto* della deroga, poiché essa può riguardare, alternativamente o cumulativamente, il principio della consecutività del riposo (la quale può essere quindi esclusa anche in ipotesi diverse da quelle già contemplate dal secondo periodo dell’art. 7, di cui si è già detto), nonché la durata del riposo stesso.

<sup>1100</sup> Si pensi, ad esempio, a un lavoratore che abbia prestato il proprio lavoro secondo il seguente orario: domenica, riposo settimanale; lunedì, dalle ore 11,00 alle ore 19,00; martedì, dalle ore 5,00 alle ore 13,00. Ebbene, se il rispetto delle condizioni previste dalla norma fosse valutato e verificato solo all’interno delle singole giornate di calendario, si dovrebbe concludere che, nell’esempio dato, la norma è stata rispettata sia il lunedì (godimento di 11 ore di riposo consecutivo dalle 0,00 alle 11,00), che il martedì (dopo le 13,00). Al contrario, la norma risulta violata se si osserva *ogni* lasso temporale di 24 ore, anche se non coincidente con la giornata di calendario: infatti, tra le ore 19,00 del lunedì e le ore 5,00 del martedì risultano effettuate solo 10 ore di riposo consecutivo. Per una critica alla formulazione della nostra norma interna, v. peraltro SANDULLI P., MARINELLI, 2004, par. 4.b, ove si ritiene, comunque, che - nonostante la differente dizione - l’effettiva operatività della disposizione italiana, grazie ad “un ragionevole processo di assestamento interpretativo, e proprio grazie alla capacità di diretta applicazione delle norme europee, finirà per riallinearsi con il contenuto della disposizione europea”.

<sup>1101</sup> In tal senso, v. CONFINDUSTRIA, *Nota* del 2 luglio 2003, in *Dir. e pratica lav.*, 2003, pag. 2599 ss., quesito n. 32 (ove si esclude che la condizione richiesta dalla norma sia soddisfatta mediante la mera adozione di un orario spezzato, salvo che essa non sia appunto resa necessaria dalle particolari caratteristiche dell’attività); SPOLVERATO, 2003, pag. 243 s.; PASQUALETTO, 2003, pag. 518 (ove si formulano gli esempi del commercio e dei pubblici esercizi); SPINELLI, 2004a, pag. 300 s. V. anche la circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 12.



L'intervento negoziale è invece sottoposto ad un diverso e rilevante limite, consistente nel fatto che "ai prestatori di lavoro siano accordati *periodi equivalenti di riposo compensativo*, o in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata" (art. 17, co. 4, d.lgs. n. 66). Con questa formulazione, che riproduce pedissequamente la corrispondente previsione comunitaria (art. 17, par. 3, co. 3, dir. n. 104), il legislatore nazionale non ha quindi introdotto alcuna specificazione in merito alle concrete modalità di godimento del riposo compensativo, ai casi eccezionali che legittimano una deroga anche rispetto a questa tutela 'sostitutiva' e alle garanzie minime che devono comunque essere assicurate (cioè allo specifico contenuto della "protezione appropriata").

Pertanto, ove i contratti collettivi qualificati ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 66, provvedano a sfruttare la possibilità di deroga offerta dalla norma, senza però dettare clausole dirette a disciplinare questi profili, spetterà all'interprete il compito di valutare se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate rispetto alle finalità di tutela della salute perseguite sia dalla disciplina comunitaria, sia dalla legislazione interna che ne costituisce attuazione. D'altra parte, un'analoga valutazione dovrà essere compiuta anche qualora la deroga negoziale contenga specifiche previsioni in merito agli aspetti sopra menzionati; e, in questo caso, il giudizio di adeguatezza sarà compiuto prendendo in considerazione direttamente la clausola collettiva.

In ogni caso, una simile valutazione non potrà prescindere da quanto precisato in proposito dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, infatti, affinché sia rispettato l'obiettivo della direttiva n. 104 (consistente nel proteggere in modo efficace la sicurezza e la salute dei lavoratori), i *riposi compensativi* "devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodo di lavoro consecutivi". Insomma, l'eventuale riduzione del riposo deve essere compensata con riposi "costituiti da un numero di ore consecutive corrispondenti alla riduzione praticata e di cui il lavoratore deve beneficiare *prima* di cominciare il periodo lavorativo seguente". Solo in "circostanze del tutto eccezionali" (cioè quando la concessione di equivalenti periodi di riposo compensativo *non sia possibile* per ragioni oggettive), infatti, la direttiva consente un'ulteriore riduzione della tutela, prescrivendo comunque che al lavoratore sia concessa "una protezione appropriata"<sup>1102</sup>.

La Corte, invero, non si pronuncia sulla portata da attribuire a questa sorta di norma di chiusura (che fa riferimento, appunto, alla necessità di garantire ai lavoratori una *protezione appropriata*). Al riguardo, come osservato in altra sede<sup>1103</sup>, si può ritenere che tale protezione debba comunque tradursi quantomeno nella garanzia di "periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che [i lavoratori], a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine", cioè di

<sup>1102</sup> In questo senso, la già citata CGCE 9 settembre 2003 (causa C-151/02, caso *Jaeger*), spec. parr. 94 ss. La chiara posizione assunta dalla Corte è destinata a riverberare immediatamente i suoi effetti anche sull'attuazione di clausole collettive, per il vero introdotte prima della sua pronuncia, che consentirebbero invece l'adozione di regimi di riposo non rispettosi dei principi in essa affermati. Per un esempio, relativo alla disciplina contenuta nel contratto *Poste italiane* dell'11 luglio 2003, v. LECCESE, 2004b, pag. 1325; per ulteriori esemplificazioni v. LELLA, 2005, pag. XX s.

<sup>1103</sup> V. LECCESE, 2001, pag. 193.

quel *riposo adeguato* che, a seguito delle modifiche apportate dalla dir. n. 2000/34, il legislatore comunitario intende assicurare - come già accennato - persino a lavoratori ai quali talune disposizioni protettive neppure si applicano (lavoratori mobili e lavoratori a bordo di navi da pesca). Si può qui aggiungere che tale interpretazione, riferita al d.lgs. n. 66, contribuisce ad attribuire un significato alla riproposizione, nella disciplina interna, della suddetta definizione di riposo adeguato, in considerazione del fatto che il legislatore delegato, pur inserendola tra le definizioni utili ai fini dell'applicazione del decreto (v. art. 1, co. 2, lett. I), ha ommesso del tutto di stabilire che tale riposo va comunque garantito ai lavoratori mobili (v. l'art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66, su cui si tornerà *infra*).

Operate queste precisazioni, va poi rammentato che il legislatore delegato ha previsto, anche con riferimento alle deroghe relative all'art. 7 (come già a proposito dell'art. 4, co. 3), un'opera di supplenza del Ministro, la quale è condizionata alla sussistenza di taluni presupposti, consistenti - come s'è detto - nella mancanza di una disciplina collettiva, nella preventiva richiesta formulata ad opera di selezionate organizzazioni sindacali o datoriali, nella previa audizione delle medesime organizzazioni (v. art. 17, co. 2). Anche le deroghe che possono essere introdotte ad opera di un decreto ministeriale sono ammesse a condizione che siano rispettati i limiti posti dall'art. 17, co. 4; pertanto, pure rispetto ad esse vale quanto appena precisato in merito all'interpretazione di questa norma.

Va peraltro considerato che l'eventuale intervento della fonte secondaria è possibile solo nei casi contemplati nell'art. 17, co. 2, nonché, alle condizioni appena richiamate, in quelli previsti dall'art. 17, co. 3, il quale si riferisce alla "attività di lavoro a turni"<sup>1104</sup> (ma solo quando "il lavoratore cambia squadra e non può usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero": art. 17, co. 3, lett. a) e alle "attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata, in particolare del personale addetto alle attività di pulizia" (art. 17, co. 3, lett. b)<sup>1105</sup>. È evidente, per quanto sopra detto, che simili deroghe ben possono essere introdotte dalla fonte collettiva qualificata ai sensi dell'art. 17, co. 1, per la quale il legislatore non prevede alcun condizionamento tipologico<sup>1106</sup>.

<sup>1104</sup> Le definizioni di "lavoro a turni" e di "lavoratore a turni" sono dettate dall'art. 1, co. 2, lett. f e g. Tali definizioni finiscono per essere rilevanti solo al fine di stabilire l'ambito di operatività delle deroghe ammesse dal decreto (e già dalla direttiva) rispetto al riposo giornaliero e a quello settimanale (*infra*, par. 7.3), poiché in tutto il d.lgs. non compare alcuna disposizione volta specificamente a garantire - com'è richiesto invece dalla direttiva - che anche i turnisti (oltre che i lavoratori notturni) beneficino "di un livello di protezione in materia di sicurezza e salute adattato alla natura del loro lavoro" e di "servizi o mezzi appropriati di prevenzione e protezione [...] equivalenti a quelli applicabili agli altri lavoratori e [...] disponibili in ogni momento" (art. 12, nn. 1 e 2, dir. n. 93/104/Ce).

<sup>1105</sup> Come si può notare, la deroga relativa alle attività frazionate è prevista, con riferimento al diritto di cui all'art. 7, in due distinte disposizioni, cioè nel medesimo art. 7, secondo periodo e nell'art. 17, co. 3. La differenza è però rilevante: nel primo caso la deroga è prevista direttamente dal legislatore, senza alcuna indicazione esemplificativa e, soprattutto, è relativa alla sola consecutività e non alla durata del riposo; nel secondo, invece, la deroga può essere introdotta con d.m. (ma la contrattazione collettiva può farlo liberamente e incondizionatamente ai sensi dell'art. 17, co. 1), è riferita, in particolare, al personale addetto alle attività di pulizia (l'esempio non è comunque tassativo) e, soprattutto, può riguardare anche la durata del riposo (e ciò giustifica il motivo per cui è essenziale il rispetto della già descritta clausola di salvaguardia di cui all'art. 17, co. 4).

<sup>1106</sup> In proposito, potrebbero ritenersi tuttora in vigore, quali deroghe ammesse ai sensi dell'art. 17, co. 1, le norme dei contratti collettivi che, nel delineare i regimi dei turni, comportano la mancata fruizione di 11 ore consecutive di riposo in taluni periodi di 24 ore, a condizione che sia rispettato il precetto di cui all'art. 17, co. 4, di cui si è detto. In mancanza di tali norme i regimi di turnazione dovranno essere immediatamente adeguati alla regola del riposo consecutivo di 11 ore (salvo il successivo intervento di un apposito d.m., che però potrà riguardare solo l'ipotesi del cambio squadra, ai sensi dell'art. 17, co. 3, oltre che le altre ipotesi previste dall'art. 17, co. 2).

Inoltre, come già accennato, anche la tutela assicurata dall'art. 7 non si applica, sia pure "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori [...], ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; d) di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di tele-lavoro" (art. 17, co. 5).

A questi lavoratori, invero, non si applicano neppure le tutele previste dagli artt. 3 (orario normale), 4 (durata massima dell'orario), 5 (straordinario), 8 (pause), 12 e 13 (modalità di organizzazione del lavoro notturno, relativi obblighi di comunicazione e durata del medesimo lavoro). Ad essi, in definitiva, si applicano solo le disposizioni relative alle ferie (art. 10), nonché le rimanenti tutele stabilite in caso di lavoro notturno (artt. 11, 14 e 15). Per ciò che attiene al riposo settimanale, poi, va detto che l'art. 17, co. 5, non richiama l'art. 9, il quale contiene al suo interno quasi tutte le ipotesi derogatorie oggi ammesse (v., *infra*, par. 7.3).

In merito alla scelta compiuta dal legislatore delegato va anzitutto precisato che il decreto, come già la direttiva n. 104 (art. 17, par. 1), non richiede espressamente la fissazione di equivalenti periodi di riposo compensativo (o, in casi eccezionali, la garanzia di una protezione appropriata), com'è invece previsto per altre ipotesi derogatorie di cui si è detto, ma si limita a stabilire che le deroghe operino "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori".

Con riguardo all'identica previsione contenuta nella direttiva, si era già avuto modo di osservare in altra sede<sup>1107</sup> che essa, quantunque generica, non potesse però essere intesa - per il fatto stesso di essere contenuta all'interno di un provvedimento volto a perseguire l'obiettivo protettivo attraverso la limitazione della durata della prestazione - come un mero e, quindi, superfluo, richiamo ai principi già previsti nella dir. n. 89/391. Essa sembrava invece confermare che - come affermato dalla Commissione europea - lo Stato membro non potesse ricorrere, nell'esercizio della facoltà di deroga che qui ci occupa, ad "un'esclusione totale" dei menzionati lavoratori dalla specifica tutela in materia di orario<sup>1108</sup>.

Ebbene, il legislatore delegato, limitandosi a riproporre pedissequamente la suddetta previsione, ha evidentemente ritenuto, al contrario, che non fosse necessaria una specificazione delle modalità attraverso cui garantire - tramite, appunto, una limitazione della durata della prestazione - le finalità protettive comunque sancite dalla previsione stessa. V'è dunque spazio per ipotizzare che, per i lavoratori interessati dalla deroga in questione, possano essere quantomeno confermati gli orientamenti giurisprudenziali (invero non univoci, ma maturati alla luce di pronunce della Corte costituzionale con riferimento a lavoratori in passato esclusi dall'applicazione del r.d.l. n. 692)

<sup>1107</sup> LECCESE, 2001, pag. 188.

<sup>1108</sup> V. le *Conclusioni* della *Relazione* della Commissione del 1° dicembre 2000, sullo stato d'applicazione della direttiva (COM(2000) 787 def.), ove sembra attribuirsi rilievo assorbente al fatto che l'art. 17, par. 1, dir. n. 93/104 - a differenza dell'art. 1, par. 3, della medesima direttiva e dell'art. 2, par. 2, dir. n. 89/391 (cui si è fatto cenno *supra*, in esordio del par. 2) - configuri un'ipotesi *derogatoria* e non un'*esclusione*.

secondo cui è pur sempre possibile individuare un limite di ragionevolezza della prestazione ed assicurare, in caso di suo superamento, un'ideale compensazione economico-retributiva<sup>1109</sup>.

Una seconda osservazione attiene al catalogo dei lavoratori esclusi dalle tutele sopra menzionate, che si presenta più ampio di quello contenuto nell'art. 17, par. 1, dir. n. 104, alla cui stregua la facoltà di deroga concessa agli Stati membri opera "quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori del settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose".

Com'è evidente, invero, il presupposto oggettivo è delineato dalla direttiva - attraverso l'utilizzo dell'espressione "in particolare" - in modo da indurre a ritenere che l'elencazione contenuta nella norma, ancorché da interpretare in modo restrittivo, non sia tassativa - e pertanto può essere anche ampliata dal singolo Stato membro - e che la deroga sia ammessa per ogni attività nella quale, a causa delle sue caratteristiche, la durata dell'orario "non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi"<sup>1110</sup>. Se questo è vero, non può però essere sottovalutato il fatto che - al fine di ritenere conforme il dato normativo interno a quello comunitario - l'effettiva sussistenza delle caratteristiche menzionate deve essere riscontrata non in linea astratta, bensì alla luce del concreto atteggiarsi del singolo rapporto. Insomma, l'esclusione della tutela non può scaturire da una "definizione", ma deve consentire, quantomeno, la prova contraria: così, ad esempio, la fattispecie derogatoria non può ritenersi integrata in presenza della mera attribuzione della qualifica dirigenziale, o del mero inquadramento del lavoratore nell'ambito del c.d. personale direttivo<sup>1111</sup>, ovvero ancora dal solo svolgimento *a distanza* del rapporto (telelavoro)<sup>1112</sup>.

Un'ulteriore esclusione dall'applicazione dell'art. 7 riguarda poi, come accennato, i lavoratori mobili (per la relativa definizione, v. art. 1, co. 2, lett. h), sia pure - anche in questo caso - nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute (v. art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66, il

<sup>1109</sup> Sulle pertinenti pronunce della Corte costituzionale (in materia di lavori discontinui e, soprattutto, di personale direttivo) e della Suprema Corte (che ha affermato la spettanza di un compenso per lavoro straordinario quando una durata massima normale dell'orario di lavoro è stabilita dai contratti collettivi o dall'accordo individuale, ovvero deriva da una decisione unilaterale del datore di lavoro, spingendosi talora a riconoscere quel compenso persino quando gli stessi contratti collettivi lo escludano esplicitamente), v. - anche per ulteriori rinvii - LECCESE, 2001, pag. 303 ss. (spec. nt. 209) e pag. 318 ss. (spec. nt. 234).

<sup>1110</sup> Cfr. anche l'*Introduzione* della già citata *Relazione* della Commissione, ove si precisa che l'elenco, benché non sia "esauriente", debba comunque essere "interpretato in modo restrittivo".

<sup>1111</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass. 17 agosto 2004, n. 16050 (sia pure relativa ad una fattispecie antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 66), ove si richiama - tra le proprie precedenti pronunce - Cass. 30 marzo 1992 n. 3914, secondo la quale, anche sulla scorta della previsione di cui all'art. 3, n. 2, r.d. n. 1955/1923, era da escludere che "l'inquadramento nella categoria del personale direttivo [potesse] derivare dal mero dato formale del conferimento della qualifica e tantomeno dal solo esonero esplicito dall'obbligo di timbrare il cartellino o, addirittura, di sottostare alle limitazioni di orario". Sull'interpretazione del citato r.d., v. LECCESE, 2001, pag. 314-317.

<sup>1112</sup> Per ulteriori approfondimenti su questo aspetto, si possono vedere, tra gli altri, LECCESE, 2004b, pag. 1327 s.; QUARANTA, 2004, pag. 544 ss.; SPINELLI, 2004b, par. IV; RICCI G., 2004, par. VII; PASQUALETTO, 2003, pag. 439. Con specifico riferimento al telelavoro v., da ultimo, PUTATURO DONATI, 2005, pag. 139 ss.

quale esclude tali lavoratori anche dalle tutele di cui agli artt. 8, 9 e 13)<sup>1113</sup>. Al riguardo si può però osservare che la deroga non è stata delineata in modo pienamente conforme alla direttiva (cfr. art. 17-bis, dir. n. 93/104, introdotto dalla dir. n. 2000/34).

Quest'ultima, infatti, prevede espressamente che gli stati membri debbano comunque adottare "le misure necessarie per garantire che tali lavoratori mobili abbiano diritto a un *riposo adeguato*" (art. 17-bis cit., par. 2), cioè a quei "periodi di riposo regolari [...] lunghi e continui" che, come s'è detto *supra*, consentano di evitare che i lavoratori "a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine" (la definizione è contenuta nel n. 9 dell'art. 2, dir. n. 104, anch'esso introdotto dalla dir. n. 34). Uniche eccezioni ammesse sono quelle relative alle circostanze previste dall'art. 17, par. 2, punto 2.2 della direttiva, cioè nei casi previsti dall'art. 5, par. 4, dir. 89/391/CEE<sup>1114</sup>, nonché in caso di incidente o di rischio di incidente imminente (v., ancora, l'art. 17-bis, par. 2, della dir. n. 104).

Al contrario, il legislatore delegato, pur introducendo la nozione di riposo adeguato (v. l'art. 1, co. 2, lett. l, d.lgs. n. 66, che ripropone pedissequamente la definizione comunitaria appena riportata), ha poi, inspiegabilmente, ommesso di prevedere che esso debba essere comunque garantito ai lavoratori mobili, limitandosi, come accennato, al mero (e ben più generico) richiamo del necessario rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori (v., ancora, l'art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66)<sup>1115</sup>. Al fine di evitare il contrasto con la disciplina comunitaria, si potrebbe peraltro riconoscere che proprio l'introduzione nell'art. 1 del d.lgs. della sopra riportata definizione di riposo adeguato consente, pur in mancanza di un esplicito richiamo della medesima nel corpo del decreto, di effettuare un'interpretazione adeguatrice al dato comunitario, attribuendo uno specifico contenuto ai predetti più generici principi di tutela della sicurezza e della salute del lavoratore<sup>1116</sup>.

Tornando a profili di carattere più generale, è utile sottolineare che la funzione del limite previsto dall'art. 7 (e già dall'art. 3 della dir. n. 104) consiste nel garantire che - in caso di ricorso a moduli di orario a turni o, più in generale, caratterizzati dalla collocazione variabile della prestazione<sup>1117</sup> in diversi momenti di più giornate successive - al lavoratore sia assicurato un adeguato intervallo di riposo consecutivo tra una prestazione e l'altra, sia pure nell'arco mobile di 24 ore. L'obiettivo, nuovo per il nostro ordinamento, è quindi quello di escludere che due prestazioni contigue, ancorché in ipotesi contenute, risultino però così ravvicinate da impedire comunque al lavoratore di reintegrare le proprie energie<sup>1118</sup>; e si tratta di un obiettivo diverso da (ancorché confluyente

<sup>1113</sup> Per i lavoratori mobili dipendenti da aziende autoferrotranviarie continuano a trovare applicazione, ai sensi del medesimo art. 17, co. 6, le disposizioni del r.d.l. n. 2328/1923 e della l. n. 138/1958, il cui perdurante vigore è comunque sancito dall'art. 19, co. 3, del d.lgs. n. 66, sia pure nei limiti e alle condizioni ivi previste (in proposito v. CASOLA, 2004).

<sup>1114</sup> Questa norma prevede che gli Stati membri possono escludere o diminuire la "responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata".

<sup>1115</sup> V., più ampiamente, RICCI G., 2004, par. VIII.

<sup>1116</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 7.

<sup>1117</sup> V. già DELL'OLIO, 1998, pag. 377.

<sup>1118</sup> In proposito va però ricordato che, come precisato in testo, tra i casi in cui è possibile (con d.m. e alle condizioni sopra menzionate) derogare alla previsione dell'art. 7, rientra anche "l'attività di lavoro a turni", ma solo quando "il lavoratore cambia squadra e non può

con) quello tipico di una disposizione che fissi, in attuazione della riserva di legge contenuta nell'art. 36, co. 2, Cost., la durata massima (endo)giornaliera della prestazione lavorativa, consistente nell'evitare che l'eccessivo prolungamento dell'orario di lavoro nella singola giornata (cioè dalle 0,00 alle 24,00) possa costituire un fattore di rischio per il lavoratore e, quindi, nel prevenire il danno alla salute che potrebbe derivarne<sup>1119</sup>.

Come osservato in altra sede, insomma, il limite di durata giornaliera è volto *direttamente* ad impedire che nell'arco della giornata lavorativa venga addossato al prestatore un soverchio *carico di lavoro* dannoso per la sua salute, nonché, *di fatto e indirettamente* - e a condizione che le prestazioni svolte in due diverse giornate non siano contigue o, addirittura, consecutive - a consentire il recupero delle energie psico-fisiche (c.d. tempo di *ricarica* fisio-psicologica) (oltre che a garantire uno spazio di tempo libero, di non lavoro, utile allo svolgimento della vita sociale); per converso, il limite previsto dall'art. 7, che potremmo definire *distanziale*, mira - in modo del tutto *reciproco* rispetto al primo - ad assicurare *direttamente* che tra due prestazioni intercorra un intervallo sufficiente a consentire al lavoratore un'adeguata ricarica fisio-psicologica (e ad assicurare uno spazio di tempo libero), ma anche, *di fatto e indirettamente* - e a condizione che la sua durata sia sufficientemente lunga - ad impedire l'eccessivo carico giornaliero di lavoro<sup>1120</sup>. Di tale distinzione funzionale, d'altra parte, ha mostrato piena consapevolezza lo stesso legislatore comunitario, come dimostrato dal fatto che i due tipi di limiti sono espressamente e separatamente disciplinati dalla direttiva n. 94/33 del 22 giugno 1994 (relativa alla protezione dei giovani sul lavoro), approvata pochi mesi dopo la dir. n. 93/104. La direttiva sui minori, infatti, non si limita a dettare una disposizione che, rispondendo alla stessa *ratio* dell'art. 3, dir. n. 104, impegna gli Stati membri a prendere le misure necessarie affinché, "per ogni periodo di 24 ore, i bambini fruiscano di un periodo minimo di riposo di 14 ore consecutive" e gli adolescenti di 12 ore consecutive; essa, al contrario, stabilisce *anche* specifici limiti all'orario di lavoro *massimo giornaliero* (oltre che settimanale), i quali sono fissati, per i bambini, in 7 o 8 ore al giorno (a secondo di variabili relative al tipo di lavoro, all'età, e così via) ed in 8 ore al giorno per gli adolescenti<sup>1121</sup>.

Simili considerazioni avevano indotto a ritenere - prima dell'emanazione del d.lgs. n. 66 - che il legislatore italiano, in sede di recepimento della disciplina comunitaria, avrebbe dovuto adeguare il nostro ordinamento alla direttiva con riferimento ad un aspetto (quello relativo, appunto, alla durata minima del riposo consecutivo su di un arco temporale mobile) che in passato non era stato oggetto di un'adeguata e generale disciplina, senza peraltro abbandonare l'ulteriore nucleo regolativo (la durata massima della singola giornata lavorativa) prescelto dal Costituente in vista della tutela della salute del lavoratore ed al quale lo stesso Costituente ha attribuito rilievo *diretto* e *centrale* nella definizione del modello di intervento relativo all'orario di lavoro. Un modello di

---

usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero" (art. 17, co. 3, lett. a).

<sup>1119</sup> V. già LECCESE, 2001 (pag. 215 ss.), cui si rinvia anche per gli argomenti a sostegno della effettiva sussistenza di una riserva di legge nell'art. 36, co. 2, e del suo carattere assoluto e non relativo (cap. I).

<sup>1120</sup> Per queste precisazioni v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 25.

<sup>1121</sup> I due profili di tutela sono considerati, rispettivamente, dall'art. 10, par. 1 (lett. a e b) e dall'art. 8 (parr. 1 e 2), dir. n. 94/33. Sull'utilità del richiamo a queste norme, proprio al fine di supportare la distinzione funzionale tra i predetti profili di tutela (peraltro comunque evidente, già alla luce degli argomenti esposti in testo), v. LECCESE, 2001, pag. 218 ss., anche per la sottolineatura di quanto risulti 'improbabile' la soddisfazione delle diverse istanze protettive di cui si discute con un'unica disposizione polifunzionale.

recepimento, questo, che tra l'altro sembrava compatibile anche con il complesso dei criteri direttivi dettati dalla legge delega n. 39/2002<sup>1122</sup>.

La scelta del legislatore delegato, peraltro, è stata di altro segno, poiché è evidente che la tutela delle (pur indubitabilmente) diverse istanze protettive appena evidenziate è oggi affidata alla sola norma sul riposo giornaliero (salvo, come s'è detto *supra*, par. 2, che non si accolga la tesi secondo cui l'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 66, non avrebbe determinato l'abrogazione dei previgenti limiti alla durata della singola giornata di lavoro); e si tratta di una scelta che non può che sollevare dubbi di costituzionalità.

È evidente infatti, che, ove si affermi l'impossibilità, sul piano giuridico, di accogliere la tesi secondo cui la riserva di legge di cui all'art. 36, co. 2, Cost., possa essere "realizzata con una norma *indiretta* con una tecnica *a contrariis*"<sup>1123</sup>, bisognerebbe riconoscere la possibilità, da un lato, di un'opera di supplenza da parte dell'interprete, al fine di colmare la *lacuna* determinatasi nell'ordinamento a causa dell'abrogazione dei previgenti limiti giornalieri; dall'altro, di una pronuncia della Consulta che dichiari l'illegittimità costituzionale della norma abrogatrice (cioè della norma che ha determinato la lacuna; in tal caso, l'art. 19, co. 2), con conseguente reviviscenza di quella idonea a soddisfare l'obbligo posto dalla costituzionale<sup>1124</sup>.

D'altra parte, specifici problemi di costituzionalità si pongono anche se si enfatizza l'elemento *fattuale*, costituito dalla limitazione *indiretta* della durata giornaliera della prestazione derivante dall'art. 7. Come già precisato, infatti, essa - nell'imporre un riposo minimo giornaliero di 11 ore consecutive ogni ventiquattro - impedisce un prolungamento del lavoro giornaliero oltre le 13 ore complessive (fatte salve, comunque, le pause previste dall'art. 8, d.lgs.)<sup>1125</sup>. Ebbene, oltre al fatto che alla Consulta non può essere negata la possibilità di verificare se, nella quantificazione (sia pure *indiretta*) di questo nuovo tetto, il legislatore non abbia operato in modo da vanificare l'*an* della tutela (pregiudicando così lo stesso nucleo essenziale del diritto del singolo lavoratore al contenimento della durata massima giornaliera della prestazione), appare altresì evidente che la concessione - da parte dell'art. 17 - di rilevanti poteri derogatori ad altri soggetti rende la previsione, pur conforme alla direttiva n. 104, certamente in contrasto con l'art. 36, co. 2, Cost. L'esercizio di tali poteri, infatti, pur concepito dal legislatore con riferimento al limite di cui all'art.

<sup>1122</sup> Ma su questo specifico aspetto v., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2004b, pag. 1330 s.

<sup>1123</sup> Per una decisa critica a quella tesi, v. SANDULLI P., MARINELLI, 2004, par. 4b; cfr. anche ROCCELLA, 2004, pag. 52 s.

<sup>1124</sup> Per una più analitica trattazione e per i necessari rinvii, v. LECCESE, 2004b, pag. 1332 s., nonché, 2001, pag. 307 ss. e 129 ss. (con riferimento al ruolo del giudice e ai limiti intrinseci del suo intervento in simili evenienze), pag. 141 ss. (per richiami alle tesi che si confrontano in tema di reviviscenza di norma abrogata da disposizione poi dichiarata costituzionalmente illegittima).

<sup>1125</sup> È anche il caso di rammentare che, proiettando su sei giorni il limite minimo di riposo giornaliero, si ottiene un limite di 78 ore complessive settimanali (al lordo delle pause previste dall'art. 8). Ciò consente alle imprese di concentrare parte della propria attività in un determinato arco temporale, riducendola in modo significativo in un altro periodo. Volendo proporre un esempio estremo, un'impresa potrebbe richiedere ai propri dipendenti di lavorare per due mesi a 77 ore (al netto delle citate pause), per poi ridurre la prestazione, nei due mesi successivi, a 19 ore la settimana, in modo da rispettare il limite complessivo *medio* di 48 ore stabilito dall'art. 4, co. 2 e 3, del decreto; inoltre, un'ulteriore dilatazione del periodo in cui è possibile l'utilizzo di questo modello 'estremo' potrebbe verificarsi ove i contratti collettivi portino a sei o dodici mesi l'arco temporale in cui rispettare il predetto limite medio (art. 4, co. 4). Si tratta, invero, di un modello di distribuzione dell'orario che presuppone la sussistenza di esigenze organizzative molto particolari e non frequentemente riscontrabili; in ogni caso, la sua reale attuazione dipende anche dalla presenza o meno di norme collettive che disciplinino la distribuzione multiperiodale della prestazione (art. 3, co. 2) e/o stabiliscano tetti alla durata massima settimanale (art. 4, co. 1) e/o prevedano limiti specifici al lavoro straordinario (art. 5, co. 2).



7, potrebbe riverberare i suoi effetti - in senso espansivo - anche sul tetto delle 13 ore, senza che dalla legge sia desumibile un (ulteriore) limite giornaliero comunque insuperabile e, per quanto attiene all'autonomia collettiva, senza l'indicazione di limiti tipologici. Appare quindi evidente che le norme che concedono quei poteri derogatori violano la riserva di legge di cui alla citata norma costituzionale, indipendentemente dalla tesi che si intenda preferire in merito al suo carattere assoluto o relativo, nella misura in cui consentono - benché, ancora una volta, in via indiretta - a soggetti diversi dal legislatore di determinare il descritto effetto espansivo<sup>1126</sup>.

## 7.2. Le pause

L'art. 8 del d.lgs. n. 66 prevede poi - con un precetto tuttora sprovvisto di sanzione (pur dopo l'introduzione nel decreto dell'art. 18-bis, ad opera del d.lgs. n. 213/2004)<sup>1127</sup> - il diritto del lavoratore a beneficiare di un *"intervallo per pausa"*, la cui entità e le cui modalità di godimento sono determinate dai contratti collettivi stipulati dai soggetti qualificati di cui all'art. 1, co. 2, lett. m. La pausa, peraltro, spetta solo qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore ed essa è finalizzata al recupero delle energie psico-fisiche e della eventuale consumazione del pasto, anche al fine di attenuare il lavoro monotono e ripetitivo (art. 8, co. 1).

A fronte di questo ampio rinvio all'autonomia collettiva (già prefigurato dall'art. 4 della dir. n. 104), il legislatore ha però dettato, anche in questo caso, una regolamentazione destinata ad operare *"in difetto di disciplina collettiva applicabile"*.

Infatti, ove quest'ultima non preveda *"un intervallo a qualsivoglia titolo attribuito"* (corsivo nostro), al lavoratore spetterà una pausa non inferiore a dieci minuti, da godere anche sul posto di lavoro, la cui collocazione deve essere compresa tra l'inizio e la fine di ogni periodo giornaliero di lavoro e, comunque, tenendo conto delle esigenze tecniche del processo lavorativo (art. 8, co. 2).

In assenza di previsioni collettive, tali esigenze costituiscono quindi il parametro sulla cui base il datore di lavoro dovrà programmare l'interruzione individuale (e non necessariamente collettiva) del lavoro, sia pure in modo tale da garantire il perseguimento delle finalità protettive sottese alla norma<sup>1128</sup>. Tale interruzione, inoltre, potrà anche non essere collocata allo scadere delle sei ore e, comunque, la sua durata potrà essere pari a 10 minuti anche nel caso in cui il lavoro giornaliero sia significativamente protratto oltre le sei ore (l'art. 8, co. 2, insomma, impone solo una pausa al giorno anche nei casi in cui un lavoratore lavori 13 ore al giorno)<sup>1129</sup>. D'altra parte, in presenza di modalità di distribuzione dell'orario che comportino di per sé la soluzione di continuità della prestazione (ad es., orario spezzato), si da consentire il soddisfacimento delle finalità indicate nell'art. 8, co. 1, e più sopra illustrate, neppure si pone il problema di far godere al lavoratore un (ulteriore) intervallo per pausa<sup>1130</sup>.

<sup>1126</sup> Su questi aspetti v., più ampiamente, LECCESE, 2001, pag. 133 ss. e pag. 223 ss.; CARABELLI, LECCESE, 2004a, par. II.1.

<sup>1127</sup> Ma per l'esperibilità di un'azione risarcitoria in caso di violazione delle previsioni dell'art. 8, v., tra gli altri, DE MOZZI, 2003, pag. 270; SPINELLI, 2004b, pag. 332 s.

<sup>1128</sup> V. da ultimo, anche per ulteriori rinvii, BELLOMO, 2005, pag. 125 s.

<sup>1129</sup> Ma per l'ammissibilità di un controllo giudiziale di *"adeguatezza"* dell'estensione (oltre che della collocazione e/o dell'eventuale frazionamento) dell'intervallo per pausa, anche qualora esso risulti pari o superiore a quello previsto dalla legge, v. i condivisibili argomenti di BELLOMO, 2005, pag. 123 s. (cfr. anche p. 128).

<sup>1130</sup> Cfr. TARTAGLIONE, 2003, pag. 427; DE MOZZI, 2003, pag. 263; SPINELLI, 2004b, pag. 327.



Un problema interpretativo attiene, invece, alla possibilità di concedere la pausa proprio all'inizio o subito prima della fine della giornata di lavoro (come la lettera della legge sembrerebbe consentire). Una simile soluzione contrasta però con la *ratio* dell'istituto che è quella di assicurare al lavoratore un intervallo per recuperare le energie psico-fisiche, consumare eventualmente il pasto, attenuare il lavoro monotono e ripetitivo (art. 8, co. 1); nell'ipotesi formulata, insomma, non si tratterebbe di un *intervallo* per pausa, ma di una mera riduzione dell'orario che non è in grado di soddisfare le finalità appena esposte<sup>1131</sup>.

Va però considerato che anche rispetto alle pause operano, ai sensi dell'art. 17, le facoltà di deroga (oltre che le esclusioni) già citate con riferimento alla disciplina dell'art. 7 (salvo quelle previste dall'art. 17, co. 3, che riguardano il solo riposo giornaliero). Non si può quindi escludere che collocazioni quali quelle sopra illustrate siano autorizzate dai contratti collettivi 'qualificati', nell'esercizio dei poteri derogatori attribuiti loro dal rinvio contenuto nell'art. 17, co. 1<sup>1132</sup>; è peraltro evidente che, in tale ultima evenienza, le 'pause' collocate all'inizio o alla fine della giornata di lavoro non potrebbero comunque essere considerate come periodi di riposo utili al fine di integrare il rispetto delle 11 ore di riposo giornaliero consecutivo (di cui si è parlato al par. precedente), a causa della diversità delle funzioni assolve dalle due tutele.

L'art. 8 contiene, poi, una rilevante previsione alla cui stregua, fatte salve le disposizioni (evidentemente più favorevoli) contenute nei contratti collettivi, "rimangono non retribuiti o computati come lavoro ai fini del superamento dei limiti di durata i periodi di cui all'articolo 5 r.d. 10 settembre 1923, n. 1955, e successivi atti applicativi, e dell'articolo 4 del r.d. 10 settembre 1923, n. 1956, e successive integrazioni" (art. 8, co. 3).

In particolare, i periodi previsti dall'art. 5, co. 1, r.d. n. 1955 sono: i riposi intermedi che siano presi sia all'interno che all'esterno dell'azienda, il tempo impiegato per recarsi al posto di lavoro, le soste di lavoro non inferiori a 10 minuti e complessivamente non superiori a due ore, comprese tra l'inizio e la fine di ogni periodo della giornata di lavoro, durante le quali non sia richiesta al lavoratore alcuna prestazione. Al contrario, vanno computate le soste, anche superiori ai 15 minuti, concesse nei lavori molto faticosi, allo scopo di rimettere il lavoratore in condizioni fisiche da riprendere il lavoro (art. 5, co. 1, n. 3, ultimo periodo).

In proposito, è il caso di segnalare che l'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 66, deve (e ben può) essere letto in senso conforme al dato comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, cioè come legittimante l'esclusione dal computo dell'orario solo di quegli intervalli, soste e fasi temporali durante i quali i lavoratori, oltre ovviamente a non prestare alcuna attività lavorativa nell'interesse del datore<sup>1133</sup>, non siano neppure sottoposti ad obblighi rientranti nell'esercizio delle loro funzioni, potendo invece godere (secondo il giudizio di adeguatezza di cui si è detto *supra*, par. 4.1) di un riposo effettivo<sup>1134</sup>. Per altro verso, va detto che dal computo della durata del lavoro non possono

<sup>1131</sup> In senso conforme, SPINELLI, 2004b, pag. 330; CORTI, 2004b, pag. 1340; BELLOMO, 2005, pag. 124 s.

<sup>1132</sup> È questa la valutazione espressa nella circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 13, dove si precisa altresì che, in virtù della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 17, co. 4, non sarebbe ammissibile la previsione negoziale di una mera compensazione economica della pausa non goduta. Ma in proposito, v. SPINELLI, 2004b, pag. 331 s.

<sup>1133</sup> Ove ciò si verifichi, infatti, non si vede come tali fasi possano essere escluse dalla nozione di orario: si pensi alla, anacronistica, ma tuttora vigente, esclusione «del tempo necessario per le martellature della falce», prevista dall'art. 4, r.d. n. 1956/1923 (anch'esso espressamente richiamato, appunto, dall'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 66).

<sup>1134</sup> Sulla questione v., più ampiamente, SPINELLI, 2004b, pag. 334 ss.; CORTI, 2004b, pag. 1347 ss.

essere più esclusi i lavori preparatori e complementari, poiché manca sia nell'art. 8, co. 3, sia nel resto del decreto, qualsiasi richiamo alla possibilità di deroga consentita al riguardo dall'art. 6, r.d.l. n. 692/1923 (v. anche art. 8, r.d. n. 1956 del 1923 e art. 10, r.d. n. 1955 del 1923: quest'ultima previsione è tra l'altro richiamata dall'art. 16, d.lgs. n. 66, ma al solo fine di escludere le fattispecie in essa previste dall'applicazione dell'art. 3).

Una specifica questione interpretativa attiene poi alla riferibilità della previsione di cui all'art. 8, co. 3, anche alla pausa prevista proprio dall'art. 8. Ebbene, si può ritenere che, fatta salva ogni determinazione collettiva, anche la pausa non inferiore a 10 minuti prevista dall'art. 8, co. 2, sia riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 5, r.d. n. 1955 del 1923, in quanto rientra tra "i riposi intermedi che siano presi sia all'interno che all'esterno dell'azienda" (art. 5, co. 1, n. 1, r.d. cit.).

Una diversa e rilevante questione interpretativa, derivante anch'essa dalla formulazione dell'art. 8, co. 3, ma specificamente connessa alla scelta del legislatore delegato di non elencare direttamente le norme abrogate (*supra*, par. 2), attiene alla sopravvivenza o meno della previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 5, r.d. n. 1955, il quale stabilisce che "i riposi normali" (tra cui, come s'è detto, può considerarsi rientrante l'intervallo per pausa), "perché possano essere detratti dal computo del lavoro effettivo, debbono essere prestabilite ad ore fisse ed indicati nell'orario di cui all'art. 12" del medesimo regio decreto.

La risposta negativa potrebbe essere argomentata sulla base del fatto che il richiamo dell'art. 5 non è riferito alla sua disciplina, ma solo alle fattispecie in esso elencate (l'art. 8, co. 3, infatti, non completa il rinvio con la precisazione: "alle condizioni ivi indicate")<sup>1135</sup>. Pare comunque evidente che, ove si opti - al contrario - per l'integrale sopravvivenza dell'art. 5, co. 2, si dovrebbe ritenere ancora in vigore anche l'art. 12, da esso richiamato, il quale impone l'obbligo di esposizione dell'orario di lavoro (con indicazione anche degli intervalli di riposo) e la sua trasmissione ai servizi ispettivi presso le direzioni territoriali del lavoro (si tratta, tra l'altro, di un obbligo la cui violazione è appositamente sanzionata dall'art. 17, lett. a, del medesimo r.d. n. 1955)<sup>1136</sup>. V'è peraltro spazio anche per una tesi intermedia, alla cui stregua, pur dovendosi escludere la perdurante vigenza dell'obbligo di cui all'art. 12, permarrrebbe invece tuttora l'onere di preventiva predeterminazione e comunicazione (al lavoratore), il cui assolvimento sarebbe necessario "ai soli fini della [non] computabilità e retribuibilità delle pause"<sup>1137</sup>.

### 7.3. I riposi settimanali

Passando alla disciplina dell'art. 9, relativa ai *riposi settimanali*, va anzitutto detto che essa, pur innovativa rispetto al passato, rinvia comunque a talune delle previsioni contenute nella l. n. 370/1934 che, pertanto, sia pure nel mutato quadro regolativo e nei limiti di compatibilità con quest'ultimo, conservano vigore (v. art. 19, co. 2, d.lgs., su cui ci è soffermati *supra*, par. 2).

<sup>1135</sup> In tal senso si è poi espresso anche il Ministero del lavoro, nella propria circolare n. 8/2005, cit., punto 12.

<sup>1136</sup> La sopravvivenza dell'art. 5, co. 2, e - pare di intendere - dell'art. 12 cit., è data per certa da MILLO, 2003, pag. 2586; in senso contrario, v. ancora la circ. Min. lav. n. 8/2005.

<sup>1137</sup> BELLOMO, 2005, pag. 127.

Il precetto più rilevante, dal punto di vista del rafforzamento delle tutele imposto dalla direttiva comunitaria, è quello che stabilisce espressamente il *cumulo* tra il riposo settimanale e quello giornaliero<sup>1138</sup>. L'art. 9, co. 1, infatti, prevede che "il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'articolo 7" (la violazione di questa previsione è oggi espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 4).

Com'è evidente, restano confermati alcuni precetti fondamentali già contenuti nella legge del 1934 e, in particolare: la *durata* del riposo, pari a 24 ore, e la sua *consecutività* (art. 1, co. 1, l. n. 370); la *periodicità settimanale* del riposo medesimo<sup>1139</sup>; la sua coincidenza con la *domenica*, salvo eccezioni (art. 3, co. 1, l. n. 370). Manca però una specifica precisazione in merito alla *decorrenza* del riposo da una mezzanotte all'altra, prevista invece dall'art. 3, co. 2, l. n. 370, da ritenere ora abrogato. Quest'ultima disposizione, peraltro, contemplava comunque la possibilità di una diversa decorrenza, prevista dai contratti collettivi o, in loro mancanza e allorché lo avesse richiesto "la natura dell'esercizio", dall'ispettorato del lavoro; il co. 3 dell'art. 3, inoltre, stabiliva che, per il lavoro a squadre, il riposo decorresse "dall'ora di sostituzione di ciascuna squadra".

Alla disposizione contenuta nell'art. 9, co. 1, fanno poi eccezione una serie di ipotesi, direttamente e tassativamente elencate nell'art. 9, co. 2, le quali concernono: a) le attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di squadra e l'inizio di quello della squadra successiva, di periodi di riposo giornaliero o settimanale; b) le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata; c) per il personale che lavora nel settore dei trasporti ferroviari: le attività discontinue; il servizio prestato a bordo dei treni; le attività connesse con gli orari del trasporto ferroviario che assicurano la continuità e la regolarità del traffico ferroviario.

Si tratta di deroghe, consentite dalla dir. n. 104 (v. art. 17, par. 2.3 e par. 2.1, lett. e) che - in assenza di una diversa precisazione ad opera del decreto, come del resto della direttiva - dovrebbero riguardare tutti i profili di tutela sopra menzionati e non solo la regola della normale coincidenza del riposo settimanale di 24 ore consecutive con la *domenica* (come del resto confermato dal fatto che il successivo co. 3 del medesimo art. 9, d.lgs. n. 66, prevede ulteriori ipotesi derogatorie, ma relative, questa volta, unicamente a questa regola)<sup>1140</sup>. Ma sul punto si tornerà in conclusione di questo paragrafo, con riferimento ai problemi di costituzionalità posti dalla nuova disciplina.

La lett. d del co. 2, inoltre, consente ai contratti collettivi di "stabilire previsioni diverse, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 17, comma 4". Pertanto, a quei contratti sembra attribuita, anche in questo caso, una facoltà di deroga *incondizionata*, cioè non sottoposta ad alcuna limitazione tipologica, purché "ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo

<sup>1138</sup> Ma v., già sulla scorta del previgente quadro normativo, Corte cost. n. 102/1976, su cui si tornerà in conclusione del presente paragrafo.

<sup>1139</sup> Al riguardo va però precisato che mentre la nuova disposizione - riprendendo il contenuto della direttiva - prevede il diritto al godimento di 24 ore di riposo "ogni sette giorni" (si tratta quindi certamente di un periodo mobile), l'art. 1, co. 1, l. n. 370 prevedeva che il riposo fosse dovuto "ogni settimana", determinando così taluni problemi interpretativi in merito alla sua coincidenza o meno con la settimana di calendario.

<sup>1140</sup> V. anche, con specifica argomentazione fondata sul tenore della lett. a dell'art. 9, co. 2, GAROFALO D., 2003, pag. 1013.

compensativo, o in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata" (art. 17, co. 4); anche rispetto alle tutele in questione paiono dunque utilizzabili le valutazioni formulate, con riferimento al riposo giornaliero, dalla Corte di giustizia in merito alla collocazione del riposo compensativo, nonché gli argomenti sopra addotti in relazione al contenuto della "protezione appropriata" (v. par. 7.1).

Al riguardo, vanno però compiute alcune precisazioni. In primo luogo, si deve registrare una grave omissione del legislatore, consistente nella mancata specificazione che il rispetto delle condizioni di cui all'art. 17, co. 4, è necessario anche con riferimento alle eccezioni contemplate dalle lett. *a-c*, dell'art. 9, co. 2; è infatti la direttiva comunitaria ad imporlo, anche rispetto alle ipotesi contemplate in tali lettere (v. l'art. 17, par. 2, dir. n. 104, nel combinato disposto con l'art. 17, parr. 2.1, lett. *e*, e 2.3). In secondo luogo, poiché l'art. 9, co. 2, lett. *d*, del d.lgs. n. 66 prevede che le deroghe possano essere introdotte dai "contratti collettivi", v'è da intendere che il rinvio sia rivolto ai contratti individuati, senza limitazione di livello, dall'art. 1, co. 2, lett. *m*; sennonché la dir. n. 93/104, consente agli Stati membri di attribuire una simile facoltà di deroga ai "contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a livello nazionale o regionale", ovvero anche ai "contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali ad un livello inferiore", ma solo "conforme alle regole fissate" nelle intese di livello superiore (v. art. 17, par. 3, della direttiva, le cui previsioni sono state sostanzialmente trasfuse solo nell'art. 17, co. 1, del decreto e non anche, per un evidente difetto di coordinamento, nell'art. 9)<sup>1141</sup>. Infine, il vastissimo potere derogatorio attribuito alla contrattazione collettiva da parte dell'art. 9, co. 2, lett. *d*, pur poggiando su di una specifica facoltà concessa dal legislatore comunitario (art. 17, par. 3, cit.), attiene ad un profilo di disciplina di rilevanza costituzionale, ponendo significativi problemi di legittimità, per i quali si rinvia ancora a quanto si dirà in conclusione di questo paragrafo.

Sempre con riferimento alle descritte deroghe, va altresì considerata la previsione, di non limpida fattura, contenuta nell'art. 9, co. 5, ove si stabilisce che, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (ovvero, per i pubblici dipendenti, del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il primo), adottato sentite le organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative nonché le organizzazioni nazionali dei datori di lavoro, "saranno individuate le attività aventi le caratteristiche [...] di cui al comma 2, lett. *d*, salve le eccezioni di cui alle lettere *a*, *b* e *c*". Sempre con d.m. (e con le modalità descritte), si provvederà "all'aggiornamento e alla integrazione delle predette attività". Peraltro, "nel caso di cui al comma 2, lett. *d*, e salve le eccezioni di cui alle lettere *a*, *b* e *c*, l'integrazione avrà senz'altro luogo decorsi trenta giorni dal deposito dell'accordo presso il Ministero stesso".

Par di capire, anzitutto, che il legislatore delegato - a parte la ribadita sottolineatura della salvezza delle deroghe già elencate nelle prime tre lettere dell'art. 9, co. 2 - abbia inteso attribuire anche in questo caso un potere sostitutivo del Ministro in caso di assenza di accordo collettivo. A differenza, però, delle altre ipotesi in cui si è previsto un tale potere (v., in particolare, l'art. 17, co. 2 e 3), l'opera del Ministro non è sottoposta a limiti tipologici, poiché di tali limiti non v'è traccia né nel co. 5, né nel co. 2, lett. *d*, dell'art. 9 (la lettera *d*, invero, non contiene alcun elemento o "caratteristica" idonei a guidare l'opera di individuazione di nuove attività escluse dall'applicazione

<sup>1141</sup> Su questo aspetto v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 10.

del co. 1). Inoltre, pare di intendere che il medesimo legislatore abbia voluto sottoporre la facoltà di deroga concessa alle parti sociali ad un onere procedurale, consistente nel “deposito dell’accordo presso il Ministero”. All’organo pubblico, peraltro, non è espressamente attribuito alcun potere di valutazione e, del resto, non si vede quali criteri possano guidare un’eventuale attività valutativa, dal momento che - come ribadito - nessun limite tipologico è stato inserito nella più volte citata lett. *d* del co. 2. D’altra parte, è lo stesso art. 9, co. 5, a prevedere che - decorsi trenta giorni - “l’integrazione [delle attività escluse dall’applicazione del co. 1] avrà senz’altro luogo”<sup>1142</sup>.

Per altro verso, come accennato, l’art. 9, co. 3, contempla specifiche ipotesi in cui è possibile derogare alla sola regola della normale coincidenza del riposo settimanale di 24 ore consecutive con la *domenica*. Infatti, quel riposo “può essere fissato in un giorno diverso dalla domenica e può essere attuato mediante turni per il personale interessato a modelli tecnico-organizzativi di turnazione particolare ovvero addetto alle attività aventi le [...] caratteristiche” indicate dallo stesso co. 3 (lett. *a-g*). In realtà, la norma ripropone - con talune variazioni ed ampliamenti - la previsione e l’elencazione dell’art. 5, l. n. 370, il quale si chiudeva con un rinvio ad apposito d.m. per la concreta determinazione delle attività rientranti nella deroga (v., infatti, il d.m. 22 giugno 1935, successivamente modificato e integrato). Si comprende quindi la ragione per cui, ai sensi del già citato co. 5 dell’art. 9, d.lgs. n. 66, le attività aventi le caratteristiche elencate nel co. 3, ma che non siano già ricomprese nel d.m. 22 giugno 1935 e successive modifiche e integrazioni, devono essere individuate con un apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (ovvero, per i pubblici dipendenti, con decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il primo), adottato sentite le organizzazioni sindacali e datoriali sopra menzionate. Anche in questo caso, con le stesse modalità, si provvederà “all’aggiornamento e all’integrazione delle predette attività”.

Una specifica esclusione dall’applicazione dell’art. 9 è poi prevista per il “personale mobile” (la cui definizione è fornita, come già rammentato, nell’art. 1, co. 2, lett. *m*), sia pure “nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori” (v. art. 17, co. 6). Ed anche in questo caso devono essere ribadite le perplessità, sopra formulate, inerenti alla non piena conformità della disciplina interna dei lavoratori mobili rispetto alla direttiva comunitaria (v. *supra*, par. 7.1), cui si aggiungono specifici problemi di costituzionalità, su cui si tornerà in conclusione di paragrafo.

Questa variegata gamma di deroghe, direttamente contenuta nei commi 2 e 3 dell’art. 9, e potenzialmente espandibile, a seconda dei casi, ad opera della contrattazione collettiva e della fonte secondaria, è stata però ritenuta non esaustiva dal legislatore delegato, il quale si è premurato di sancire comunque la salvezza delle “disposizioni speciali che consentono la fruizione del riposo settimanale in giorno diverso dalla domenica nonché [del]le deroghe previste dalla legge 22 febbraio 1934, n. 370” (art. 9, co. 4).

<sup>1142</sup> Su questi aspetti v., da ultimo, anche con riferimento alle interpretazioni ministeriali contenute nella circ. n. 8/2005, cit., LELLA, 2005, pag. XIX s., ove ulteriori rinvii.

La formulazione di quest'ultima disposizione pone il problema di quali, tra le deroghe contemplate dalla legge del 1934, siano state fatte salve, se solo quelle relative alla collocazione del riposo in giorno diverso dalla domenica, oppure tutte, ivi comprese, ad esempio, quelle che prevedono la *parziale esclusione* della tutela (cfr. spec. art. 1, co. 2, l. n. 370 e, su tale norma, Corte cost. n. 76/1962 e n. 23/1982), la *riduzione* del riposo settimanale, la possibilità di *frazionarlo o sospenderlo*, il *raggruppamento* di più giornate di riposo<sup>1143</sup>.

Per la risposta affermativa sembra deporre, anzitutto, la formulazione della previsione, che fa salve in modo autonomo, da un lato, le deroghe alla collocazione domenicale previste in leggi speciali e, dall'altro ("nonché"), le deroghe previste dalla l. n. 370 (senza alcuna specificazione e, quindi, limitazione in merito ai profili di tutela oggetto della deroga). Ulteriore conferma potrebbe essere tratta dalla collocazione della previsione, dettata in un apposito comma e non all'interno del co. 3 (relativo, appunto, alla sola deroga alla coincidenza del riposo con la domenica).

È bene comunque precisare che, ove si ritenessero vigenti tutte le deroghe in questione, per talune di esse si porrebbero oggi, oltre ai tradizionali problemi di legittimità per contrasto con l'art. 36, co. 3, Cost., anche nuovi problemi di eventuale difformità rispetto alle disposizioni comunitarie. Per converso, ove si optasse per la loro integrale caducazione, si dovrebbe coerentemente ritenere che, per taluni lavoratori, il legislatore delegato non ha inteso porre in atto le deroghe, consentite dalla direttiva, da esso stesso utilizzate con riferimento ad altri profili di tutela. Si tratta, in particolare, dei dirigenti e del personale direttivo, della manodopera familiare, dei lavoratori a domicilio, ai quali non si applicava il principio della periodicità settimanale del riposo sancito dalla l. n. 370 (cfr. art. 1, nn. 4, 1 e 3) e che sono oggi esclusi, come s'è detto, da quasi tutte le tutele contenute nel nuovo decreto sulla base della previsione dell'art. 17, co. 5, il quale, però, non menziona tra le disposizioni ad essi non applicabili proprio l'art. 9<sup>1144</sup>.

Per altro verso, va osservato che il nuovo impianto regolativo non pare incidere su talune rilevanti e non nuove questioni, attinenti alla necessità che il disagio derivante al singolo a causa del lavoro domenicale e/o dello slittamento o anticipazione del riposo (quantunque in ipotesi legittimo in virtù di deroghe legali o negoziali) sia adeguatamente compensato mediante maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, determinate dal giudice<sup>1145</sup>.

In conclusione di questa rapida trattazione, una riflessione va dedicata ai problemi di costituzionalità che, come si è accennato nel corso della precedente esposizione e come avvertito già dai primi commentatori<sup>1146</sup>, riguardano la nuova disciplina per contrasto con l'art. 36, co. 3, Cost.: "il

<sup>1143</sup> Sulla questione v. anche ALLAMPRESE, LELLA, 2004, pag. 356 ss.

<sup>1144</sup> È opportuno rammentare che Corte cost., 4 febbraio 1982, n. 23, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 81, aveva tra l'altro dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero co. 2, dell'art. 1, l. n. 370, nella parte in cui consentiva che il riposo dovuto ai lavoratori in esso elencati corrispondesse a 24 ore non consecutive. Dalla sentenza, interpretativa di accoglimento, derivava che l'esclusione disposta dalla norma continuasse ad operare con riferimento alla periodicità del riposo. Va poi considerato che per i lavoratori domestici vigevano specifiche norme di tutela (cfr. art. 2243 c.c.; l. n. 339/1958, spec. art. 7), non menzionate dal decreto e la cui sopravvivenza si potrebbe giustificare in virtù della loro specialità (v., in generale, *supra*, par. 2; LELLA, 2004, pag. 530 ss.).

<sup>1145</sup> Sul ricco contenzioso giurisprudenziale in materia v., per tutti, ALLAMPRESE, 2002, nonché - dopo il decreto - ALLAMPRESE, LELLA, 2004, parr. VI e VII. Per la giurisprudenza successiva al decreto v., con riferimento al godimento del riposo in giornata diversa della domenica, Trib. Ravenna, 26 gennaio 2005, in *Lavoro giur.*, 2005, 773, con commento di NAVILLI, *ivi*, pag. 778 ss.

<sup>1146</sup> Cfr. DEL PUNTA, 2003, pag. XXII; MAZZOTTA, 2003, par. 6.

lavoratore ha diritto al riposo settimanale [...] e non può rinunziarvi". Su ques'ultima previsione, infatti, si è sviluppata una pluriennale e ben nota giurisprudenza della Corte costituzionale, alla cui stregua vanno lette e interpretate le varie disposizioni derogatorie sopra illustrate.

Pertanto, devono essere qui ribadite le valutazioni già espresse in altra sede<sup>1147</sup>:

- innanzitutto, *nessun lavoratore* può essere privato del diritto costituzionale al riposo settimanale (cfr. Corte cost. n. 76/1962 e, *incidenter tantum*, Corte cost. nn. 146/1971 e 101/1975). È dunque in radicale contrasto con l'art. 36, co. 3, Cost. la previsione contenuta nell'art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66, che stabilisce l'inapplicabilità dell'art. 9 al personale mobile (sia pure, come s'è detto, "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori"), nella misura in cui tale inapplicabilità possa essere interpretata come esclusione di questi lavoratori dal diritto al riposo settimanale. Tale valutazione va poi riferita - come, in verità, occorre già fare prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale - anche a tutti i lavoratori che ai sensi dell'art. 1, co. 2, l. n. 370, erano esclusi dall'applicazione della precedente disciplina;

- inoltre, al fine di scongiurare l'illegittimità costituzionale, l'art. 9, co. 2, va interpretato nel senso che non è comunque consentita la compressione, da un lato, del diritto a 24 ore *consecutive* di riposo (poiché la consecutività costituisce elemento essenziale del riposo settimanale: Corte cost. n. 23/1982, nel richiamare le proprie pronunce nn. 150/1967 e 102/1976) e, dall'altro, del diritto al *non riassorbimento* o *non sovrapponibilità* (totale o parziale) del riposo giornaliero da parte di quello settimanale (Corte cost. n. 102/1976 e n. 23/1982<sup>1148</sup>); e ciò vale sia per le tre ipotesi legalmente nominate dall'art. 9, co. 2, lett. *a*, *b* e *c*, sia per quelle ulteriori individuabili da parte della contrattazione collettiva, autorizzata dalla lett. *d*<sup>1149</sup>;

- più complesso, poi, è il discorso relativo alla *periodicità settimanale* del riposo di 24 ore poiché nell'evoluzione delle pronunce della Corte sembra di scorgere, in proposito, un progressivo irrigidimento nell'ammettere una deroga a tale principio (v. Corte cost. n. 150/1967; n. 146/1971; n. 101/1975<sup>1150</sup>); ciò in virtù della crescente considerazione dell'esigenza di tutela degli interessi del

<sup>1147</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 32-36. Per le questioni trattate in testo v. anche BELLUMAT, 2003; ALLAMPRESE, LELLA, 2004; OCCHINO, 2004a; GIULIANI A., 2005c.

<sup>1148</sup> Nella prima pronuncia, la Corte, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 3, co. 3, l. n. 370/1934 (decorrenza del riposo settimanale per i lavori a squadre), ha sorretto il suo giudizio osservando, per quel che qui interessa, che "dall'insieme delle norme che disciplinano l'orario di lavoro giornaliero, il riposo settimanale e le ferie [...] risulta in modo evidente che al lavoratore dipendente debbono essere assicurate tre forme *inderogabili ed infungibili* di riposo: giornaliero, settimanale, annuale". Nella seconda sentenza, poi, il ragionamento è direttamente condotto alla luce delle finalità rinvenibili nella previsione costituzionale e si conclude con l'affermazione secondo cui "è necessario che il riposo settimanale non coincida *nemmeno in parte* con il riposo giornaliero, ma da questo rimanga ben distinto" (il che, tra l'altro, esclude che possano verificarsi frazionamenti del riposo settimanale, che comportino la sovrapposizione delle diverse frazioni con il riposo giornaliero).

<sup>1149</sup> D'altronde, si potrebbe dire che, almeno per ciò che attiene al riassorbimento del riposo giornaliero in quello settimanale, il legislatore abbia implicitamente inteso soddisfare i principi derivanti dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, in quanto non ha utilizzato la possibilità derogatoria offerta sul punto, in presenza di condizioni giustificatrici oggettive, tecniche o di organizzazione del lavoro, dall'art. 5, par. 3, della dir. n. 104.

<sup>1150</sup> Nella prima pronuncia, la Corte ha affermato che la periodicità ebdomadaria può essere legittimamente alterata ove ciò sia ragionevolmente imposto dalle esigenze della produzione nell'industria, nel commercio, nei trasporti, nell'agricoltura ecc., derivanti "dalla grande varietà di regimi di lavoro" ovvero connesse "alle varie specie di attività lavorative caratterizzate da peculiari circostanze", precisando altresì che, in ogni caso, è necessario che la diversa periodicità sia ristretta "ai casi di *evidente necessità* a tutela di altri



lavoratore, in particolare della sua *salute*, ma anche, ed anzi soprattutto, in ragione del richiamo, cui è infine giunta la Corte, alla necessità che le deroghe al principio di periodicità rispondano ad una logica di *eccezionalità* (v. ancora Corte cost. n. 101/1975);

- al contrario, data l'indifferenza dell'art. 36, co. 3, Cost., in merito alla coincidenza del riposo settimanale con la domenica, nessun problema di legittimità costituzionale pongono l'art. 9, co. 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 66, nonché le altre disposizioni della l. n. 340 che consentono, per determinati lavoratori e attività, di derogare al principio, sancito nel co. 1 dell'art. 9, della coincidenza del riposo settimanale con la giornata della domenica;

- per quanto attiene, infine, alle deroghe già previste dalla legge del 1934 (e fatte salve dall'art. 9, co. 4, d.lgs. n. 66), ci si può qui limitare ad accennare che la loro sopravvivenza determina la riproposizione dei dubbi di costituzionalità già sollevati, nel tempo, dalla dottrina con riferimento a tutti i casi in cui le vecchie disposizioni prevedevano una mera riduzione del riposo, senza recuperi successivi, ovvero il suo frazionamento<sup>1151</sup>.

In definitiva, della giurisprudenza costituzionale in questa materia dovrà certamente tenere conto la contrattazione collettiva (il cui intervento non pone problemi di legittimità, mancando una riserva di legge nell'art. 36, co. 3, Cost.: cfr. Corte cost. n. 146/1971), la quale dovrebbe operare, in forza dell'art. 9, co. 2, lett. *d*, soltanto, appunto, nel rispetto dei confini, tendenzialmente sempre più rigorosi, posti dalla Corte<sup>1152</sup>. Quanto invece alle tre ipotesi tipizzate dal decreto al co. 2, lett. *a*, *b* e *c*, mentre non sembrano sorgere dubbi in relazione all'ipotesi *sub c* (dove è implicato l'effettivo godimento della libertà costituzionale di circolazione di cui all'art. 16 Cost.), qualche perplessità potrebbe forse sorgere in relazione alle ipotesi *sub a* e *b*, una volta che si desse rilievo

---

interessi apprezzabili" e che, nel ciclo di lavoro di un certo periodo di tempo, rimanga comunque ferma la media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative (risultando di conseguenza illegittime le previsioni che non soddisfano quest'ultimo requisito, poiché consentono - a causa della loro imprecisione e vaghezza - la concentrazione dei riposi) (Corte cost. n. 150/1967). Nella seconda sentenza, la Corte ha in sostanza ribadito tali conclusioni, confermando, tra l'altro, che non devono essere superati i limiti di ragionevolezza rispetto sia alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia - e trattasi di un significativo sviluppo della precedente pronuncia - rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda *la sua salute* (Corte cost. n. 146/1971). Nella terza pronuncia, infine, la Corte ha ancora richiamato le proprie precedenti valutazioni, ma ha anche precisato, nel confermare l'esigenza che non vengano superati i già menzionati limiti di ragionevolezza, che deve trattarsi - ed in ciò è rinvenibile un nuovo e significativo elemento nel ragionamento del Giudice delle leggi - di "situazioni idonee a giustificare un *regime eccezionale*" (Corte cost. n. 101/1975).

<sup>1151</sup> Si v., in particolare, VENTURA, 1968, pag. 67 ss.; TREU, 1979, pag. 128 s.; ICHINO, 1987, pag. 160; GALLI, 1987, pag. 546 ss., nonché, per un riepilogo delle diverse ipotesi derogatorie contenute nella l. n. 370/1934 e dei problemi di costituzionalità che esse pongono, ALLAMPRESE, LELLA, 2004, pag. 360 ss.

<sup>1152</sup> Per l'applicazione dei principi qui riepilogati ai rinnovi di categoria sottoscritti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, v. l'analisi critica di LELLA, 2005, pag. XVI ss. Il profilo pare, poi, adeguatamente considerato nella risposta ad istanza di interpello resa, di recente, dal Min. lav.-Direzione generale per l'attività ispettiva (1° settembre 2005, prot. n. 2186), nella quale si precisa che l'accordo collettivo può disciplinare ipotesi *eccezionali* (cioè "casi eccezionali connessi ad oggettive ed imprescindibili esigenze aziendali") di superamento dei sei giorni lavorativi, ma non prevedere un regime ordinario di prolungamento delle giornate lavorative. Per una questione già emersa in giurisprudenza, v. Trib. Ravenna, 26 gennaio 2005, cit.: nella pronuncia si afferma (condivisibilmente, per quanto sopra argomentato) che anche le deroghe concesse dall'art. 9 in tema di periodicità ebbdomadaria del riposo debbano essere interpretate alla luce delle precedenti pronunce della Corte cost., anche se il giudicante preferisce poi utilizzare, ai fini della soluzione del caso concreto, quella parte del ragionamento della Corte in cui si afferma che la deroga deve essere giustificata da una "evidente necessità", piuttosto che rifarsi al passaggio, presente nella più recente delle pronunce citate in nt. 176, dove si parla di "situazioni idonee a giustificare un *regime eccezionale*".



alle affermazioni della Corte relative, da un lato, alle esigenze di tutela degli interessi del lavoratore e, dall'altro, alla natura eccezionale del regime derogatorio (v., ancora, Corte cost. n. 150/1967; n. 146/1971; n. 101/1975)<sup>1153</sup>.

#### 7.4. Le ferie

Un'altra rilevante innovazione introdotta dal decreto è relativa alla disciplina delle *ferie*, cui è dedicato l'art. 10, il quale, come si vedrà, è peraltro tra quelli più significativamente incisi dalle modifiche apportate dal decreto correttivo n. 213/2004.

L'art. 10, invero, fa espressamente salvo (nella vecchia come nella nuova formulazione del suo co. 1) quanto previsto dall'art. 2109 c.c. e, pertanto, continuano ad operare i seguenti principi: le ferie spettano anche in caso di durata del rapporto inferiore all'anno (Corte cost. n. 66/1963); il periodo di ferie deve essere goduto possibilmente in modo continuativo; il datore di lavoro stabilisce il "tempo" (cioè il periodo) di godimento delle ferie, "tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro", e lo comunica preventivamente a quest'ultimo; il periodo di preavviso di cui all'art. 2118 c.c. non può essere computato nelle ferie<sup>1154</sup>.

Le novità rispetto al quadro normativo previgente concernono, invece:

- la fissazione per legge di un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane (art. 10, co. 1, primo periodo, d.lgs. n. 66), più elevato, quindi, di quello stabilito dalla citata Conv. Oil n. 132 del 1970, ratificata con l. n. 157/1981<sup>1155</sup>. Ed è evidente che la nuova durata minima si è imposta, sin dall'entrata in vigore del decreto, anche in presenza di previsioni collettive che fissavano durate inferiori<sup>1156</sup>;

- l'espressa previsione (imposta dall'art. 7, par. 2, della dir. n. 104) che il periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dall'indennità per ferie non godute, salvo che in caso di risoluzione del rapporto (art. 10, co. 2, d.lgs. n. 66). La norma - nel sancire espressamente quanto già invero deducibile, almeno secondo alcune tesi, dall'art. 36, co. 3, Cost. ("il lavoratore ha diritto [...] a ferie annuali retribuite e non può rinunciarvi") - ha esercitato "un [immediato] impatto invalidante" sulle previsioni dei contratti collettivi che consentivano, decorso un certo periodo di tempo, la monetizzazione delle ferie non godute<sup>1157</sup>; anche se - va detto - una simile possibilità è stata poi esplicitamente soppressa ad opera dei rinnovi contrattuali successivi alla riforma<sup>1158</sup>;

- la previsione secondo cui i contratti collettivi stabiliscono criteri e modalità di "erogazione" delle ferie per le ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 3, co. 2, l'orario normale di lavoro di 40 ore settimanali sia espresso come media nell'anno (art. 10, co. 3). Questo rinvio, strettamente collegato a quello 'derogatorio' previsto dall'art. 3, co. 2, in materia di orario multiperiodale, prefigura la stipula di

<sup>1153</sup> Anche per queste conclusioni v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 36.

<sup>1154</sup> Su questi aspetti v., per tutti ed anche per l'analisi dei problemi interpretativi posti dalla (tuttora vigente) disciplina codicistica, GIULIANI A., 2005d, pagg. 163-180.

<sup>1155</sup> Sulla convenzione v. però *supra*, nt. 125.

<sup>1156</sup> V. anche, tra gli altri, DEL PUNTA, 2003, pag. XXIII; LAI, 2004a, pag. 89.

<sup>1157</sup> Cfr. ancora, per tutti, DEL PUNTA, 2003, pag. XXIII.

<sup>1158</sup> V. i rinnovi citati da LELLA, 2005, pag. XXII s.

clausole collettive, che si prospettano come parte integrante della deroga contemplata in quest'ultima previsione, volte a garantire, presumibilmente, una collocazione delle ferie idonea a soddisfare un reale reintegro delle energie psico-fisiche<sup>1159</sup>.

Come si è accennato in apertura di paragrafo, l'art. 10 ha subito rilevanti modifiche ad opera del d.lgs. n. 213/2004. In particolare, nell'originaria versione del suo co. 1, secondo periodo, si prevedeva che i contratti collettivi potessero "stabilire condizioni di miglior favore" e nulla si diceva in merito al termine entro il quale le ferie annuali dovessero essere concesse e godute. In tal modo, da un lato, l'intervento dei contratti collettivi era concepito solo in funzione migliorativa dello standard legale (si trattava, pertanto, di un rinvio 'improprio'<sup>1160</sup>) e, in particolare, in funzione dell'elevazione della durata delle ferie; dall'altro, veniva eluso il nodo essenziale costituito dalla sussistenza o meno di un termine massimo entro cui le ferie dovessero comunque essere godute (e, poi, dalla sua quantificazione)<sup>1161</sup>. A ciò si aggiunga che mancava del tutto la previsione di sanzioni per l'eventuale violazione della disciplina in materia di ferie<sup>1162</sup>.

Al contrario, la versione attuale dell'art. 10, co. 1, dopo aver confermato che "[...] il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane", prosegue stabilendo che "tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva [...], va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione". Inoltre, il co. 3 dell'art. 18-bis (introdotto dal decreto correttivo) prevede una specifica sanzione per l'ipotesi in cui siano violate, tra l'altro, le disposizioni di cui all'art. 10, co. 1.

Ebbene, dalla nuova formulazione dell'art. 10, co. 1, derivano taluni problemi di costituzionalità e di conformità del dato normativo interno rispetto alla disciplina comunitaria.

Per quanto concerne i primi, si può qui anzitutto confermare - rinviando, per una più ampia argomentazione, a quanto affermato in altra sede<sup>1163</sup> - che la nuova previsione, nello stabilire che due settimane di ferie devono essere godute nell'anno di maturazione, fissa la "quota minimale di ferie [...], evidentemente individuata [dal legislatore nazionale] come quella la cui fruizione *tempestiva* è indispensabile per proteggere la salute del lavoratore ampiamente intesa"<sup>1164</sup>. Quanto meno rispetto a tale quota dovranno quindi valere i principi elaborati, interpretando l'art. 36, co. 3, Cost., dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 543/1990. Secondo la Corte, infatti, il diritto al godimento infra-annuale del periodo feriale può essere compreso - in considerazione della "particolare natura" e del "fine" che lo connotano - "solo per l'insorgere di situazioni eccezionali non previste né prevedibili, e non per generiche e immotivate *esigenze di servizio*"; in particolare,

<sup>1159</sup> V. DEL PUNTA, 2004, pag. 385; cfr. anche BERTOCCO, 2003, pag. 338 s.

<sup>1160</sup> Cfr. anche DEL PUNTA, 2004, pag. 384.

<sup>1161</sup> DEL PUNTA, 2004, pag. 382 s. e parr. IV-V.

<sup>1162</sup> Per la confutazione delle tesi secondo la quale si sarebbero potute applicare le sanzioni previste dal d.lgs. n. 626/1994, v. LELLA, 2004, pag. 593.

<sup>1163</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 36 ss.

<sup>1164</sup> DEL PUNTA, 2004, pag. 394 (corsivo nostro).

il “sacrificio di tale diritto può essere legittimo solo allorché le esigenze di servizio assumano carattere di *eccezionalità*, e come tali siano  *motivate e comunicate* ai lavoratori, i cui periodi feriali siano già fissati o debbano ancora essere fissati”<sup>1165</sup>.

Orbene, la previsione legislativa della necessità che il predetto periodo di due settimane sia goduto nell’anno di maturazione sembra diretto a soddisfare quanto richiesto dalla citata norma costituzionale, come interpretata dalla Corte, e cioè, parafrasando ulteriori affermazioni contenute nella citata sentenza, a garantire che il lavoratore goda effettivamente - salvo le predette ragioni eccezionali - di un periodo feriale corrispondente a quello “ritenuto adeguato dalle norme di legge” ed oggi quantificato, appunto, in due settimane. Al contrario, uno specifico problema di costituzionalità deriva dal rinvio ‘in bianco’ alla contrattazione collettiva (ora contenuto nell’art. 10), che le consente di introdurre deroghe *anche* peggiorative rispetto alle modalità temporali di godimento delle ferie previste dall’ art. 10, co. 1. In particolare, risulta sicuramente in contrasto con l’art. 36, co. 3, Cost., la previsione della possibilità - per la contrattazione collettiva - di intervenire a modificare il vincolo legale secondo cui il periodo di due settimane di ferie va goduto nell’arco dell’anno di maturazione, consentendo che anche solo una frazione di esso possa slittare oltre tale limite temporale in assenza di “eccezionali, motivate esigenze di servizio”. Di modo che, a meno di non voler esporre la norma alla sanzione di illegittimità costituzionale, sarà necessario interpretarla coerentemente con tale principio, ritenendo vincolata ad esso la stessa contrattazione collettiva<sup>1166</sup>.

Per quanto attiene, invece, alle questioni relative alla conformità del nuovo testo dell’art. 10 rispetto alle disposizioni comunitarie, va anzitutto segnalato che esso - nel prevedere che una parte del periodo di ferie possa essere goduto oltre il termine dell’anno di maturazione (cioè nei 18 mesi successivi) - è apparsa, “a prima vista, contrastante con quelle” disposizioni e, in particolare con l’art. 7, n. 1, della dir. n. 93/104, come interpretato dalla Corte di giustizia<sup>1167</sup>. L’evidenza di un simile contrasto, in particolare, risulterebbe dalle affermazioni della Corte secondo cui, da un lato, l’art. 7, n. 1 non è derogabile e la sua “attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla stessa direttiva”<sup>1168</sup>; dall’altro, le competenze attribuite dallo stesso articolo ai legislatori nazionali, in merito alla fissazione delle

<sup>1165</sup> V. Corte cost. n. 543/1990, cit.; nella pronuncia, a differenza di quanto riferito dalla citata circ. Min. lav. n. 8/2005, non sono invece menzionate le mere “esigenze aziendali serie”, le quali, evidentemente, non integrano necessariamente i caratteri di *eccezionalità* cui fa riferimento la Corte.

<sup>1166</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 38 s., cui si rinvia anche per alcune annotazioni critiche sulla possibilità, concessa dalla norma, di ‘frazionare’ il periodo di ferie di due settimane.

<sup>1167</sup> ROCCELLA, 2005, pag. 300.

<sup>1168</sup> CGCE 18 marzo 2004 (causa C-342/01, *María Paz Merino Gómez contro Continental Industrias del Caucho SA*), punto 29; ma v. già CGCE 26 giugno 2001 (causa C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) contro Secretary of State for Trade and Industry*), punto 43. La prima pronuncia, a parte i profili che rilevano ai fini del discorso riferito in testo, merita di essere menzionata anche perché in essa si interpretano gli artt. 7, n. 1, dir. n. 93/104, 11, n. 2, lett. a, dir. 92/85 (sicurezza e salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento) e 5, n. 1, dir. 76/207 (parità di trattamento fra gli uomini e le donne) nel senso che “una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale, da un accordo collettivo, per le ferie annuali della totalità del personale”; e tale principio, alla luce dell’art. 11, n. 2, lett. a, della citata dir. 92/85, riguarda - sempre secondo la Corte - anche la quota aggiuntiva di ferie annuali, eventualmente prevista dalla normativa nazionale, rispetto al minimo di 4 settimane contemplato dalla dir. n. 93/104.

“condizioni di ottenimento e di concessione” delle ferie, devono essere esercitate in modo da garantire “che le modalità di applicazione nazionali” siano comunque rispettose del “diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane”<sup>1169</sup>.

Da questo punto di vista, perplessità ancora maggiori solleva - anche con riferimento alla disciplina comunitaria - l'introduzione nell'art. 10 di un rinvio 'in bianco' alla contrattazione collettiva, quale quello più sopra descritto, che potrebbe condurre ad un ulteriore peggioramento della tutela. Nella direttiva n. 93/104, infatti, non v'è traccia della possibilità, per il legislatore nazionale, di prevedere un simile rinvio, mentre il suo art. 7 si limita a stabilire che ogni lavoratore debba beneficiare “di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali”; né, d'altro canto, come già osservato in altra sede, parrebbe possibile interpretare il richiamo alle “prassi” come riferibile anche alla contrattazione collettiva, poiché questa lettura non risulterebbe affatto coerente con la presenza, in altra previsione della stessa direttiva, di un contestuale riferimento sia “alle legislazioni e/o prassi nazionali”, sia “ai contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali” (cfr. l'art. 8, co. 2, dir. n. 93/104)<sup>1170</sup>.

Un'ultima osservazione va dedicata alle conseguenze derivanti dalla previsione di apposite sanzioni, introdotte dal d.lgs. n. 213/2004, per l'ipotesi in cui sia violato l'art. 10, co. 1. Ebbene, da un lato, essa non incide ovviamente sulla praticabilità dei normali rimedi civilistici<sup>1171</sup> e, dall'altro, comporta il venire meno di un argomento (l'assenza appunto, nella versione originaria del decreto, di un apposito apparato sanzionatorio), sul quale l'Inps aveva costruito la propria posizione in merito all'assoggettamento a contribuzione dell'indennità per ferie non godute “a prescindere dalla effettiva erogazione del compenso in questione”<sup>1172</sup> (posizione, invero, criticabile già alla luce della previgente versione dell'art. 10<sup>1173</sup>).

## 8. La nuova disciplina del lavoro notturno

La disciplina del lavoro notturno era già stata dettata, al fine di adeguare l'ordinamento interno alla direttiva n. 104, dal d.lgs. n. 532/1999<sup>1174</sup>. Essa, però, è stata riscritta ad opera del d.lgs. n. 66 (v. artt. 11-15, nonché art. 1, co. 2, lett. *d* ed *e*), che ha introdotto talune rilevanti novità. Le disposizioni del nuovo decreto, a parte i profili definitori<sup>1175</sup>, sono costituite da tre blocchi principali.

<sup>1169</sup> CGCE 18 marzo 2004 (*Merino Gómez*), cit., punto 31, la cui rilevanza rispetto al profilo qui trattato è enfatizzata, appunto, da ROCCELLA, 2005, pag. 300.

<sup>1170</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 11.

<sup>1171</sup> Ma in proposito v. le posizioni di DEL PUNTA, 2004, par. III e pag. 397 s.; OCCHINO, 2004b, pag. 1367 ss.; GIULIANI A., 2005d, pag. 184 ss.

<sup>1172</sup> V. i messaggi Inps n. 79 del 27 giugno 2003 e n. 118 dell'8 ottobre 2003.

<sup>1173</sup> Cfr. DEL PUNTA, 2003, pag. XXIII; PAPALEONI, 2003, pag. 462; GAROFALO D., 2003, pag. 1014. V. ora DEL PUNTA, 2004, pag. 401 ss.

<sup>1174</sup> Sul d.lgs. n. 532 v., per tutti, FERRANTE, 2000; RICCI G., 2000; CALAFÀ, 2003.

<sup>1175</sup> L'art. 1, co. 2, lett. *d* ed *e*, nel riprendere, con talune variazioni, le definizioni contenute nel d.lgs. n. 532/1999, definisce, come “periodo notturno”, il “periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino” (lett. *d*) e, come “lavoratore notturno”, “qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero impiegato in modo normale”, nonché “qualsiasi lavoratore che svolga durante il periodo notturno almeno una parte del suo orario di lavoro secondo le norme definite dai contratti collettivi di lavoro. In difetto di disciplina collettiva è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga lavoro notturno per un minimo di ottanta giorni lavorativi all'anno; il suddetto

Al primo blocco, attinente ai profili sostanziali, è riconducibile la disciplina di cui all'art. 11, co. 2 (obbligatorietà del lavoro notturno e relative esclusioni e divieti) e all'art. 13 (limiti alla durata del lavoro notturno).

Nell'art. 11, in particolare, si rinviene l'esplicitazione di un vero e proprio obbligo di prestare lavoro notturno in capo a tutti i lavoratori, senza alcuna distinzione basata sul sesso; quest'obbligo non è peraltro assoluto, poiché permangono alcune esclusioni che, come si è osservato, risultano "graduate in base alla fonte normativa che le individua (legge o contratto collettivo) e alle situazioni cui esse si riferiscono"<sup>1176</sup>.

La legge, infatti, stabilisce anzitutto il divieto assoluto - cioè non derogabile in alcun modo dall'autonomia privata, individuale e collettiva - e penalmente sanzionato (art. 18-bis, co. 1) di svolgimento del lavoro, tra le ore 24 e le 6, per le donne in gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 11, co. 2, secondo periodo; cfr. già art. 53, d.lgs. n. 125/2001 e, in precedenza, art. 17, l. n. 25/1999).

In secondo luogo, è rimessa alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare ulteriori requisiti in base ai quali escludere altri lavoratori dal suddetto obbligo, qui senza alcuna distinzione fondata sul sesso (art. 11, co. 2, primo periodo): si tratta di un rinvio 'improprio', nel senso più sopra descritto, poiché - ferma restando la facoltà, ormai riconosciuta al datore di lavoro, di richiedere lavoro notturno - la previsione da parte dei contratti collettivi di requisiti soggettivi in presenza dei quali i lavoratori non possono esservi adibiti costituisce un intervento limitativo di un potere datoriale altrimenti non vincolato dalla legge (salvo che nei casi già previsti dal medesimo art. 11, co. 2).

Infine, sono individuate specifiche esigenze familiari, in presenza delle quali i lavoratori non sono obbligati a prestare lavoro notturno (lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, lavoratore padre convivente con la stessa; lavoratrice o lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni; lavoratrice o lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni)<sup>1177</sup>. In questi casi, quindi, lo svolgimento o meno del lavoro notturno è rimesso

---

limite minimo è riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale" (lett. e). Con riferimento alla definizione di cui alla lett. d, si è osservato che essa finisce per rimettere l'esatta collocazione del periodo notturno alla libera decisione del datore di lavoro, "sulla base degli orari praticati in concreto e [pur sempre] nel rispetto delle [eventuali] previsioni contrattuali", nonché - ovviamente - nel rispetto delle coordinate legali sopra indicate: v. FERRANTE 2004b, pag. 1377 (ma già 2000, pag. 548); BOLEGO, 2004b, pag. 83; MATTAROLO, 2003a, pag. 343 s. (anche per l'indicazione di talune ipotesi di fasce temporali: 22-5; 23-6; 24-7; in quest'ultimo senso, cfr. anche il punto 18 della circ. Min. lav. n. 8/2005, cit.; LEPORE, 2005, pag. 103 s.). La definizione di cui alla lett. e, poi, contiene due distinte ipotesi, *alternative* tra loro, nel senso che è sufficiente il verificarsi anche solo di una delle medesime affinché il lavoratore sia sottoposto alla tutela prevista per i lavoratori notturni (v., oltre agli autori e alla circolare appena citati, la risposta ad istanza di interpello, resa dal Min. lav.-Direzione generale per l'attività ispettiva, del 12 aprile 2005, prot. n. 388, in *Dir. e pratica lav.*, 2005, n. 22, 1223); con riferimento alla seconda ipotesi, inoltre, il legislatore ha previsto un intervento della contrattazione collettiva la quale, integrando la legge al fine di individuare, appunto, la nozione di lavoratore notturno, potrebbe stabilire condizioni sia di miglior favore, sia peggiorative, rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi annui (v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 53 s., nonché 2005b, pag. 413 ss.).

<sup>1176</sup> Su questi aspetti v. LEONE, 2004a, pag. 412 ss. (anche per la ricostruzione delle vicende che avevano già condotto l'Italia, dopo l'intervento della Corte comunitaria di giustizia, ad abrogare il divieto di lavoro notturno per le donne, salvo il caso della gravidanza e del puerperio: v. art. 17, co. 1, l. n. 25/1999 ed ora art. 53, d.lgs. n. 151/2001).

<sup>1177</sup> È invece scomparsa la previsione, contenuta nel d.lgs. n. 532/1999 (art. 3, co. 1), secondo cui dovevano essere adibiti al lavoro notturno, "con priorità assoluta", coloro che ne avessero fatto richiesta, sia pure "tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali".

integralmente all'autonomia individuale, nel senso che l'esclusione dall'obbligo può essere rimossa da una manifestazione di volontà, in tal senso, dei lavoratori indicati (v. art. 11, co. 2, lett. a, b e c; cfr. già art. 53, d.lgs. n. 125/2001 e, in precedenza, art. 17, l. n. 25/1999). Va poi detto che l'art. 18-bis, co. 1, del decreto (introdotto dal d.lgs. n. 213/2004), contempla ora una sanzione penale per l'ipotesi in cui i lavoratori in questione siano adibiti "al lavoro notturno nonostante il loro dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione"<sup>1178</sup>.

Altre previsioni di carattere sostanziale, come si accennava, sono poi quelle riguardanti la *durata* del lavoro notturno, che - nell'attuale formulazione - pongono qualche problema interpretativo. L'art. 13, co. 1, infatti, dopo aver stabilito che "l'orario di lavoro dei lavoratori notturni non può superare le otto ore *in media* nelle ventiquattro ore", fa salva "l'individuazione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, di un periodo di riferimento *più ampio* sul quale calcolare come media il suddetto limite"<sup>1179</sup>.

In proposito, va anzitutto osservato che anche nella nuova norma (la cui violazione è oggi sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 7) manca una qualsivoglia specificazione in merito alla natura del limite stesso (che non è qualificato come *normale*) e, pertanto, risulta confermato che il limite di 8 ore è un limite complessivo (cioè comprensivo del lavoro straordinario)<sup>1180</sup>.

Per converso, a prima vista, la nuova formulazione avrebbe invece reso più flessibile la durata del lavoro notturno, consentendo - a differenza di quanto previsto dall'art. 4, d.lgs. n. 532/1999 - che essa sia rispettata, *come media*, su di un arco temporale diverso (e più ampio) rispetto alle 24 ore, anche in assenza di una specifica previsione collettiva in tal senso. Sennonché, manca nel d.lgs. n. 66 una specifica indicazione del periodo di riferimento entro cui calcolare le 8 ore come *media*, se si eccettua l'ipotesi relativa al settore della panificazione non industriale, rispetto alla quale l'art. 13, co. 5, stabilisce che "la media di cui al comma 1 del presente articolo va riferita alla settimana lavorativa". È quindi evidente che, fatta eccezione per quest'ultimo settore, le 8 ore non potranno che essere rispettate proprio all'interno delle 24 ore, salvo, appunto, che i contratti collettivi non intervengano a prevedere uno specifico periodo di riferimento sul quale calcolare le 8 ore come media<sup>1181</sup>. Il decreto precisa, poi, che il periodo minimo di riposo settimanale

E si tratta di un ulteriore profilo di regresso delle tutele previgenti, anche se realizzato rispetto ad una disposizione successiva alla direttiva (ma su questo aspetto v., in generale, CARABELLI, LECCESE, 2005a, par. 8.1)

<sup>1178</sup> V'è da ritenere che la previsione, limitandosi a determinare i presupposti per la non irrogabilità della sanzione, non incida invece sulla norma sostanziale e, pertanto, il rifiuto del lavoratore potrà essere legittimamente esercitato anche in forma diversa: cfr. LEONE, 2004a, pag. 418 s.; LELLA, 2004, pag. 596. In senso diverso sembra la circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 18.

<sup>1179</sup> Il riferimento anche ai contratti "aziendali" contrasta con l'art. 16, n. 3, della dir. n. 93/104/Ce, il quale si riferisce espressamente ai soli "contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale o regionale" (in senso analogo, v. FORTUNATO, 2003, pag. 403).

<sup>1180</sup> Con riferimento alla precedente previsione del d.lgs. n. 532, v. CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 2.5.

<sup>1181</sup> In sostanza, non vi sarebbero state variazioni, per questo aspetto, rispetto alla precedente regolamentazione (in proposito, v. anche DEL PUNTA, 2003, pag. XX, il quale attribuisce la differenza lessicale tra la vecchia e la nuova disciplina, ad "una svista concettuale", in cui sarebbe incorso il legislatore delegato del 2003; CALAFÀ, 2004, pag. 441; FERRANTE, 2004b, pag. 1382 s.). Ed infatti, non si comprende come il limite possa essere ritenuto applicabile, pur "in mancanza di una esplicita previsione normativa [...]", su di un periodo di riferimento pari alla settimana lavorativa" (è questa, invece, l'opinione del Ministero del lavoro, espressa nella circ. n. 8/2005, a supporto della quale si adduce la considerazione secondo cui "il legislatore ha in più occasioni adoperato l'arco settimanale quale parametro per la quantificazione della durata della prestazione", come negli articoli 3 e 4, d.lgs. n. 66/2003; sennonché tale considerazione è ovviamente irrilevante, sia perché la puntualizzazione dell'arco di riferimento, contenuta in altre norme del decreto

previsto dall'art. 9 "non viene preso in considerazione per il computo della media quando coincide con il periodo di riferimento stabilito dai contratti collettivi di cui al comma 1" (art. 13, co. 4).

Nel decreto (art. 13, co. 3) è altresì contenuto il riferimento a lavorazioni per le quali il limite di 8 ore va comunque rispettato nel corso di ogni periodo di 24 (si tratta di lavorazioni che comportano rischi particolari, da individuare con d.m.: *infra*).

Va poi osservato che il rinvio alla contrattazione collettiva non si esaurisce nei profili indicati poiché ad essa è anche affidata, anzitutto, l'eventuale definizione delle riduzioni dell'orario di lavoro o dei trattamenti economici indennitari nei confronti dei lavoratori notturni; e al riguardo sono anche fatte salve le disposizioni collettive relative ai trattamenti economici e alle riduzioni di orario per i lavoratori notturni, "anche se non concesse a titolo specifico" (art. 13, co. 2)<sup>1182</sup>. In secondo luogo, ai contratti collettivi qualificati ai sensi dell'art. 17, co. 1, è attribuita una facoltà di deroga *incondizionata* alle previsioni dell'art. 13, sia pure nel rispetto delle previsioni dell'art. 17, co. 4; pure in questo caso, comunque, si prevede l'eventuale opera di supplenza da parte del Ministro, esercitabile solo nelle ipotesi indicate dalla legge (art. 17, co. 2 e 4).

Si deve infine rammentare che anche l'art. 13 non si applica ai lavoratori per i quali la durata dell'orario di lavoro non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi (art. 17, co. 5, su cui ci si è soffermati *supra*, par. 7.1), nonché al personale mobile (art. 17, co. 6, rispetto al quale valgono, anche in questo caso, le osservazioni critiche formulate nel par. 7.1).

Un secondo blocco di norme è connesso agli aspetti procedurali ed è contenuto nell'art. 12 del decreto (intitolato alle "*modalità di organizzazione del lavoro notturno e obblighi di comunicazione*"), il quale impone due obblighi distinti.

Il primo obbligo è posto al fine di consentire il controllo sindacale sulla "introduzione del lavoro notturno" (non, quindi, sull'adibizione del singolo lavoratore al lavoro notturno, per la quale vigono le tutele di cui si dirà tra breve). Tale introduzione, infatti, deve essere preceduta, secondo criteri e modalità "previsti dai contratti collettivi, dalla *consultazione* delle rappresentanze sindacali in azienda, se costituite, aderenti alle organizzazioni firmatarie del contratto collettivo applicato dall'impresa". In mancanza di tali rappresentanze, la "consultazione va effettuata con le organizzazioni territoriali dei lavoratori come sopra definite [cioè aderenti alle oo.ss. firmatarie del contratto] per il tramite dell'Associazione cui l'Azienda aderisca o conferisca mandato" (art. 12, co. 1). L'eventuale introduzione del lavoro notturno senza il rispetto della descritta procedura potrà dar luogo ad un ricorso ai sensi dell'art. 28, l. 300/1970 e, secondo alcune tesi, risulterebbe comunque illegittima<sup>1183</sup> e i singoli lavoratori potrebbero legittimamente rifiutarsi di svolgere lavoro notturno<sup>1184</sup>. Va comunque considerato che "la consultazione va effettuata e conclusa entro un periodo di almeno sette giorni" (art. 12, co. 1, ultimo periodo); in caso di esito negativo, il

---

con riferimento a diverse ipotesi, rende ancor più evidente la differenza tra queste ed il caso che qui ci occupa, sia perché nel decreto sono presenti altri parametri temporali, come quello quadrimestrale di cui allo stesso art. 4, i quali - seguendo il non condivisibile ragionamento del Ministero - potrebbero anch'essi 'ambire' ad essere applicati in questa circostanza).

<sup>1182</sup> Sui profili relativi alla sussistenza di un diritto individuale alla maggiorazione e alla sua quantificazione, v. FORTUNATO, 2003, pag. 411 ss.; CALAFÀ, 2004, pag. 440; FERRANTE, 2004b, pag. 1375 ss.

<sup>1183</sup> DEL PUNTA, 2003, pag. XX.

<sup>1184</sup> MATTAROLO, 2004b, pag. 374; CALAFÀ, 2004, pag. 436 s.

datore di lavoro, decorso tale termine, potrà comunque procedere all'introduzione del lavoro notturno.

Sul datore incombe poi uno specifico obbligo d'informazione, poiché egli è tenuto ad informare per iscritto e con periodicità annuale (eventualmente per il tramite dell'associazione cui aderisca o conferisca mandato) i servizi ispettivi della Direzione provinciale del lavoro competente per territorio dell'esecuzione "di lavoro notturno svolto in modo continuativo o compreso in regolari turni periodici, salvo che esso sia disposto dal contratto collettivo. Tale informativa va estesa alle organizzazioni sindacali di cui al comma che precede" (art. 12, co. 2).

Anche rispetto all'art. 12 operano le facoltà di deroga e le esclusioni sopra riferite con riferimento all'art. 13, eccetto quella relativa ai lavoratori mobili (v. art. 17, co. 1-2 e 4-6)<sup>1185</sup>.

Il terzo blocco di disposizioni relative al lavoro notturno ha l'obiettivo specifico di tutelare la salute dei lavoratori notturni. A tale proposito, il legislatore si occupa, anzitutto, dell'idoneità allo svolgimento del lavoro notturno, attraverso una fitta trama normativa nella quale, agli accertamenti periodici sullo stato di salute dei lavoratori (almeno ogni due anni: art. 14, co. 1, nel testo modificato dal d.lgs. n. 213/2004; v. anche la sanzione penale prevista dall'art. 18-bis, co. 2), si aggiungono quelli preventivi (sia rispetto all'eventuale assunzione che, in costanza di rapporto, rispetto all'adibizione *ex novo*). Va qui segnalato, in particolare, che il legislatore del 2003 rimuove uno dei problemi posti dal decreto del 1999, giacché supera la competenza "secca" lì attribuita in materia al medico competente ai sensi del d.lgs. n. 626/94, per le verifiche in corso di rapporto, affiancando a quest'ultimo le competenti strutture pubbliche (v. art. 14, co. 1, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004; cfr. anche art. 15, co. 1): la previsione non è di poco conto giacché la figura del medico competente non è presente in tutte le realtà aziendali<sup>1186</sup>.

Il decreto, peraltro, nulla dice in ordine alle conseguenze derivanti da un eventuale giudizio di inidoneità, salvo il caso della cd. inidoneità sopravvenuta – presumibilmente riscontrata in uno dei controlli periodici – dalla quale consegue la possibilità di adibire il lavoratore al lavoro diurno, in mansioni equivalenti, ma solo "se esistenti e disponibili" (art. 15, co. 1) e, quindi, senza che si possa configurare un obbligo in capo al datore di lavoro di modificare la sua organizzazione produttiva ove tali mansioni non siano presenti<sup>1187</sup>. Riprendendo quanto osservato dalla dottrina sul d.lgs. n. 532/1999 è possibile riprodurre in questa sede il modello costruito dalla giurisprudenza sulla generica inidoneità sopravvenuta del lavoratore, modello che si fonda sulla possibilità del datore di lavoro di adibire il lavoratore anche a mansioni inferiori e, solo ove anche questa possibilità non sia percorribile, di procedere a licenziamento per g.m.o. In ogni caso, il rinvio all'autonomia collettiva contenuto nell'art. 15, co. 2 (il quale chiama quest'ultima a definire le modalità di applicazione dell'art. 15, co. 1 e ad individuare apposite soluzioni, per il caso che l'assegnazione ad altre mansioni "non risulti applicabile"), sembra affidare ad essa il compito di chiarire e integrare le lacunose disposizioni legislative.

<sup>1185</sup> Per talune di tali deroghe si pongono, in questo caso, problemi di compatibilità con le disposizioni comunitarie: v. MATTAROLO, 2003b, pag. 375 ss.; PASQUALETTO, 2003, pag. 504 s.; RICCI G., 2004, pag. 470 s.

<sup>1186</sup> Su tutti questi aspetti v., più ampiamente, con riferimento al testo risultante dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 213/2004, LEONE, 2004b; LAI, 2004a.

<sup>1187</sup> V. FERRANTE, 2000, pag. 553; cfr. anche LAI, 2004b, pag. 1393; LIMENA, 2003, pag. 446 ss.



Sempre al fine di tutelare la salute dei lavoratori notturni, il decreto prevede inoltre che il datore, oltre alla sorveglianza sanitaria di cui si è già detto, garantisca altresì - previa informativa alle rappresentanze sindacali in azienda, se costituite, aderenti alle oo.ss. firmatarie del contratto collettivo applicato - “un livello di servizi o di mezzi di prevenzione o protezione adeguato ed equivalente a quello previsto per il lavoro diurno” (art. 14, co. 2): si tratta di un riferimento che ben può essere inteso come relativo “ad ogni aspetto della sicurezza sui luoghi di lavoro (informazione, formazione dei lavoratori, procedure di emergenza e di pronto soccorso, ecc.)”<sup>1188</sup>. Colpisce negativamente, tuttavia, che il decreto imponga, come unico onere formale, quello dell’informazione preventiva alle menzionate rappresentanze sindacali, trascurando il fatto che i soggetti sindacali in materia di sicurezza sono i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e che non sempre essi coincidono con le RSU o con le RSA.

Va infine evidenziato che l’art. 13, co. 3, rinvia ad un apposito d.m., da adottare entro 120 giorni dall’entrata in vigore del d.lgs., la redazione di un elenco di lavorazioni che comportano rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali e per le quali, quindi, le tutele necessitano di un’applicazione particolarmente rigorosa. Per le lavorazioni che saranno individuate con d.m., infatti, si prevede che, come accennato, la durata del lavoro notturno non possa mai superare le 8 ore nell’arco di ogni periodo di 24 (art. 13, co. 3, la cui violazione è sanzionata ai sensi dell’art. 18-bis, co. 7) e che il datore di lavoro - previa consultazione con le rappresentanze sindacali sopra menzionate - disponga, ai sensi degli artt. 40 ss., d.lgs. n. 626/1994, “appropriate misure di protezione personale e collettiva” (art. 14, co. 3).

Ai contratti collettivi di lavoro (anche in questo caso, si tratta di quelli previsti dall’art. 1, co. 2, lett m) è invece affidato il compito di prevedere, eventualmente, “modalità e specifiche misure di prevenzione” per i lavoratori sieropositivi o tossicodipendenti, adibiti a prestazioni di lavoro notturno (art. 14, co. 4, che richiama la l. n. 135/1990 e la l. n. 162/1990).

## 9. Riferimenti bibliografici

AA. VV. (2005), *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, in *I saggi di NGL*, n. 6, Bancaria ed., Roma.

ALLAMPRESE A. (2001a), *Il lavoro straordinario dalle politiche di divieto al «realismo sociale»*, in CARINCI F. (a cura di), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Ipsoa, Milano, pag. 115.

ALLAMPRESE A. (2001b), *La nozione europea di orario di lavoro e il suo recepimento in Francia: spunti di riflessione per il legislatore italiano*, in *Lavoro giur.*, pag. 1122.

ALLAMPRESE A. (2002), *Commento all’art. 2109 c.c.*, in CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice civile - Aggiornamento 1991-2001*, vol. III, Utet, Torino.

ALLAMPRESE A. (2003a), *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Kluwer Ipsoa, Milano.

ALLAMPRESE A. (2003b), *Profili di incompatibilità dello schema di decreto legislativo (di attuazione della direttiva n. 93/104 in materia di orario di lavoro, come modificata dalla direttiva n. 2000/34) con la direttiva di riferimento*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico)

ALLAMPRESE A. (2003c), *Attività di guardia medica e orario di lavoro*, in *Lavoro giur.*, pag. 1134.

<sup>1188</sup> In tal senso LEONE, 2004b.

- ALLAMPRESE A. (2004), *Il lavoro straordinario*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 216.
- ALLAMPRESE A. (2005), *Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, pag. 85.
- ALLAMPRESE A., LELLA G. (2004), *Riposi settimanali*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 341.
- BARRACO E. (2003), *Commento all'art. 5*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 210.
- BAVARO V. (2004a), *Algebra e diritti nei criteri di computo dell'orario di lavoro*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 270.
- BAVARO V. (2004b e 2004c), *Commento agli artt. 3 e 4; Commento all'art. 16*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1288 e pag. 1395.
- BELLOMO S. (1999), *Limiti e flessibilità dell'orario di lavoro giornaliero dopo la legge 24 giugno 1997, n. 196*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 145.
- BELLOMO S. (2004a e 2004b), *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro, tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario; Il limite massimo dell'orario settimanale ed il suo difficile trasferimento dall'ordinamento europeo alla legislazione nazionale*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 136 e pag. 191.
- BELLOMO S. (2005), *Il bilanciamento tra impegno lavorativo quotidiano e salvaguardia dell'integrità psicofisica: la disciplina della pausa e del riposo giornaliero nel d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in AA. VV. (2005), pag. 113.
- BELLUMAT S. (2003), *Commento all'art. 9*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 273.
- BERNARDO P. (2003), *Commento all'art. 19*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 574.
- BERTOCCO S. (2003), *Commento all'art. 10*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 312.
- BIANCHI D'URSO F., VIDIRI G. (2003), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro tra vincoli e opportunità*, in *Mass. giur. lav.*, pag. 832.
- BOLEGO G. (2003), *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro straordinario*, in *Dir. lav. mer.*, pag. 421.
- BOLEGO G. (2004a), *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Cedam, Padova.
- BOLEGO G. (2004b), *Finalità e definizioni*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 62.
- CAIAZZA L., CAIAZZA R. (2003), *Orario di lavoro: abrogazioni, norme vigenti e sanzioni*, in *Guida al lav.*, n. 20, pag. 10.
- CALAFÀ L. (2003), *Lavoro notturno*, in *Digesto disc. priv. comm.*, Aggiornamento, pag. 619.
- CALAFÀ L. (2004), *La disciplina del lavoro notturno: organizzazione e durata*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 431.

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/lavoro.htm](http://www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm)

CARABELLI U., LECCESE V. (2004a), *Il d.lgs. n. 66 del 2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 3.

CARABELLI U., LECCESE V. (2004b), *Parere su: "L'interpretazione delle clausole di non regresso"*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, pag. 535.

CARABELLI U., LECCESE V. (2005a), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impr. Europa*, in corso di stampa.

CARABELLI U., LECCESE V. (2005b), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol I, Cedam, Padova, pag. 345.

CARINCI F. (2004), *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in MISCIONE M., RICCI M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, vol. I del *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., Ipsoa, Milano, pag. XXIX

CASOLA M. (2004), *Il settore autoferrotranviario*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 603.

CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano.

CORSO I. (2003), *Commento all'art. 3*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 127.

CORTI M. (2004a, 2004b e 2004c), *Commento all'art. 2; Commento all'art. 8; Commento all'art. 18*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1251, pag. 1334 e pag. 1410.

DELL'OLIO M. (1998), *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 369.

DEL PUNTA R. (2003), *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 22, Inserto.

DEL PUNTA R. (2004), *La nuova disciplina delle ferie*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 378.

DE MOZZI B. (2003), *Commento all'art. 8*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 247.

FERRANTE V. (1999), *La nuova legge in tema di lavoro straordinario*, in *Nuove leggi civ.*, pag. 799.

FERRANTE V. (2000), *La disciplina del lavoro notturno*, in *Nuove leggi civ.*, pag. 534.

FERRANTE V. (2004a, 2004b, 2004c, 2004d e 2004e), *Commento agli artt. 5 e 6; Commento agli artt. 11, 12 e 13; Commento all'art. 17; Commento all'art. 18-bis; Commento all'art. 19*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1307, pag. 1373, pag. 1402, pag. 1417 e pag. 1425.

FORTUNATO A. (2003), *Commento all'art. 13*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 380.

- FRANCI R. (2003), *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione*, in *Lavoro e prev. oggi*, pag. 775.
- GALLI G. (1987), *I riposi settimanali ed infrasettimanali*, in *Dir. lav.*, I, pag. 545.
- GIULIANI A. (2003), *La nuova nozione di orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 e il «vecchio» criterio della «effettività»*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 769.
- GIULIANI A. (2005a, 2005b, 2005c e 2005d), *Orario normale e durata massima della prestazione lavorativa; Il lavoro straordinario; Il riposo settimanale; Le ferie annuali*, in AA.Vv. (2005), rispettivamente, pag. 51, pag. 81, pag. 141 e pag. 163.
- GAROFALO D. (2003), *Il decreto legislativo 8.4.2003 e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lavoro giur.*, pag. 997.
- GRIECO A. (2005), *Corte di giustizia e orario di lavoro: il campo di applicazione della disciplina comunitaria e la sua attuazione in Italia*, in *Lavoro giur.*, n. 7, pag. 617.
- ICHINO P. (1987), *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- ICHINO P. (1998), *Il tempo di lavoro nell'Unione europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 153.
- LAI M. (2004a), *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 63.
- LAI M. (2004b e 2004c), *Commento all'art. 14; Commento all'art. 15*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1385 e pag. 1392.
- LECCESE V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- LECCESE V. (2002), *Orario di lavoro e part-time*, in *La contrattazione. Tra passato e futuro*, numero monografico di *Economia e lav.*, n. 3, pag. 75.
- LECCESE V. (2004) (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano.
- LECCESE V. (2004a e 2004b), *Commento all'art. 1; Commento all'art. 7*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1234 e pag. 1322.
- LELLA G. (2004), *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 513.
- LELLA G. (2005), *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 21, Inserto.
- LEONE G. (2004a e 2004b), *La disciplina del lavoro notturno: fra potere del datore di lavoro e suoi limiti (art. 11, comma 2); La disciplina del lavoro notturno: accertamento dell'idoneità e tutela della salute dei lavoratori (artt. 11, comma 1, 14 e 15)*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 412 e pag. 447.
- LEPORE A. (2005), *L'orario di lavoro notturno*, in AA. Vv. (2005), pag. 101.

LIMENA F. (2003), *Commento all'art. 15*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 436.

MARESCA A. (2003), *Cenni sulla nuova disciplina del lavoro straordinario*, relazione al convegno Paradigma su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i rinvii puntuali si intendono operati al dattiloscritto).

MARTONE M. (1998), *Sulla nozione di «lavoro effettivo»*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 463.

MARESCA A. (2005), *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in AA. Vv. (2005), pag. 41.

MATTAROLO M.G. (2003a e 2003b), *Commento all'art. 11; Commento all'art. 12*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), rispettivamente, pag. 341 e pag. 369.

MAZZOTTA O. (2003), *Novità in materia di organizzazione dell'orario*, relazione al convegno Paradigma su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i rinvii puntuali si intendono operati al dattiloscritto).

MILLO A. (2003), *Nuova definizione di orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 38, pag. 2585.

MONACO M.P. (2005), *Aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro nella normativa comunitaria di riferimento (direttive n. 104 del 1993 e n. 34 del 2000)*, in AA. Vv. (2005), pag. 13.

MORO G. (2003), *Orario di lavoro: la Corte di giustizia interpreta la direttiva*, in *Dir. e pratica lav.*, pag. 1087.

NAPOLI M. (2004) (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6.

NAVILLI M. (2005), *Il D.lgs. n. 66/2003 e il riposo settimanale domenicale*, in *Lavoro giur.*, pag. 778.

OCCHINO A. (2004a e 2004b), *Commento all'art. 9; Commento all'art. 10*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1350 e pag. 1361.

PAPALEONI M. (2003), *Interrogativi applicativi sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi*, in *Argomenti dir. lav.*, pag. 443.

PASQUALETTO E. (2003), *Commento all'art. 17*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 492.

PELISSERO P. (2003), *Orario di lavoro e periodi di riposo: i servizi di guardia in ospedale*, in *Dir. e pratica lav.*, pag. 2867.

PELISSERO P. (2005), *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *Lav. dir.*, pag. 363.

PENNESI P. (2005), *La nuova disciplina sanzionatoria in materia di orario di lavoro*, in AA. Vv. (2005), pag. 197.

PIOVESANA A. (2003), *Commento all'art. 16*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 456.

PINTO V. (2002), *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, pag. 275.

- PIZZONIA D. (2003), *Commento all'art. 18*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 545.
- PUTATURO DONATI F.M. (2005), *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.
- QUARANTA M. (2004), *Information communication technology e orario di lavoro: flessibilità e controllo sindacale*, in *Dir. rel. ind.*, pag. 525.
- RAUSEI P. (2003), *Le sanzioni in materia di orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 25, pag. 1646.
- RAUSEI P. (2005), *La disciplina delle sanzioni*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 14, Inserto su *Orario di lavoro: luci e ombre della disciplina*, pag. X.
- RICCI G. (1999), *Sulla riconducibilità del c.d. «tempo-tuta» alla nozione di lavoro effettivo: recenti orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in *Foro it.*, I, c. 3610.
- RICCI G. (2000), *Lavoro notturno: le tappe della riforma*, in *Guida al lav.*, n. 12, pag. 50.
- RICCI G. (2003a), *La direttiva comunitaria «di codificazione» sull'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Guida lav.*, n. 48, pag. 21.
- RICCI G. (2003b), *Nozione di orario di lavoro: ancora una pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Guida lav.*, n. 39, pag. 10.
- RICCI G. (2004), *Le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, diritto alla pausa, lavoro notturno e durata media della prestazione di lavoro*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 466.
- RICCI G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione del diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano.
- RICCI G., COSENTINO S. (2004), *La disciplina dell'orario dei lavoratori a bordo di navi da pesca marittima*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 498.
- ROCCELLA M. (2004), *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Lav. dir.*, pag. 43.
- ROCCELLA M. (2005), *Manuale di diritto del lavoro*, 2a ed., Giappichelli, Torino.
- RUSO A., TIRABOSCHI M. (2002), *La durata massima della giornata lavorativa: la contrattazione come strumento di flessibilità*, in *Contratti e contrattazione*, n. 2, pag. 77.
- SANDULLI P. (2003), *Tempi di applicazione della nuova normativa, disposizioni transitorie ed abrogazioni*, relazione al convegno Paradigma su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i rinvii puntuali si intendono operati al dattiloscritto).
- SANDULLI P., MARINELLI (2004), *Orario di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento.
- SANTUCCI R. (2004), *Il campo di applicazione della nuova disciplina*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 101.
- SIMONATO D. (2003), *Commento all'art. 1, secondo comma*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 37.
- SITZIA A. (2003), *Commento all'art. 2*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 86.

- SOPRANI P. (2003), *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 29, pag. 1952.
- SPINELLI C. (2004a e 2004b), *Il riposo giornaliero e la durata massima della giornata lavorativa; La disciplina delle pause*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 296 e pag. 324.
- SPOLVERATO G. (2003), *Commento all'art. 7*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 179.
- SPOLVERATO G. (2005), *L'intervento ministeriale lascia aperte alcune questioni*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 14, Inserto su *Orario di lavoro: luci e ombre della disciplina*, pag. III.
- SUPIOT A. (1997), *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, in *Lav. dir.*, pag. 15.
- TARTAGLIONE L. (2003), *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, pag. 419.
- TIRABOSCHI M., RUSSO A. (2003), *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida al lav.*, n. 17, pag. 10.
- TOPO A. (2003a e 2003b), *Commento all'art. 4; Commento all'art. 6*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), rispettivamente, pag. 179 e pag. 233.
- TREMOLADA M. (2003), *Commento all'art. 1, primo comma*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 2.
- TREU T. (1979), *Commento all'art. 36*, in BRANCA Giu. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. I, Bologna-Roma, pag. 72.
- TREU T. (2004), *Il decreto legislativo 276/03 e la contrattazione collettiva*, in PEDERSINI R. (a cura di), *Oltre la flessibilità*, Ed. Lavoro, Roma, pag. 111.
- VENTURA L. (1968), *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e di costituzionalità*, in *Riv. giur. lav.*, I, pag. 43.
- VICECONTE M. (2003), *La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Lavoro e prev. oggi*, pag. 1145.
- VOZA R. (2004), *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, pag. 237.