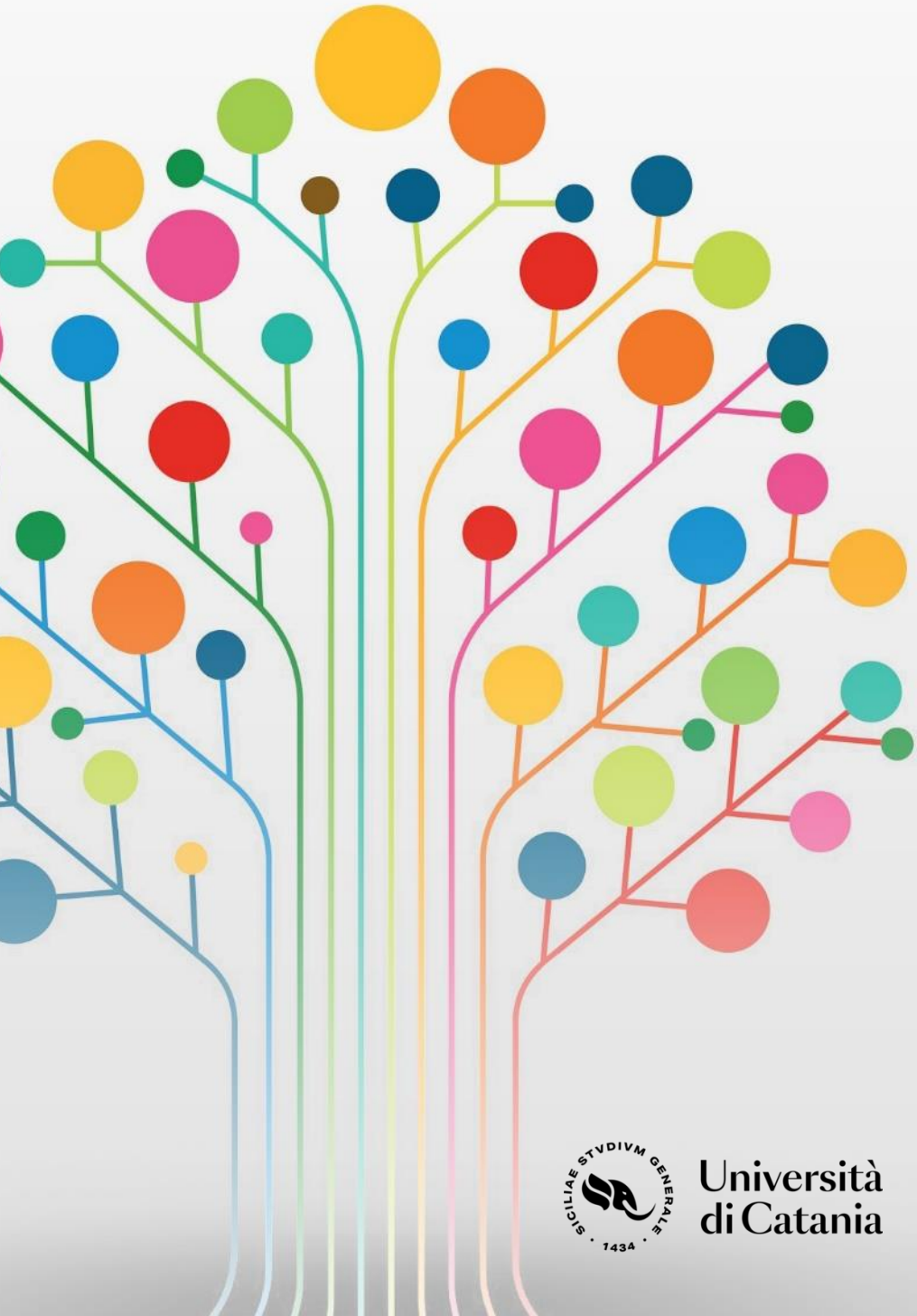
1/2007

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

BRUNO CARUSO, Università di Catania

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo

EDOARDO ALES, Università di Cassino

PASQUALE PASSALACQUA, Università di Cassino

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

PASQUALE CHIECO, Università di Bari

MAXIMILIAN FUCHS, University of Eichstätt-Ingolstadt

SANDRO MAINARDI, Università di Bologna

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

MATTEO MARIA MUTARELLI, Università di Napoli "Federico II"

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, Università di Genova

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2007 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569745

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA"

n. 1/2007

SOMMARIO

Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global village"
Bruno Caruso 1

Contrattazione collettiva e lavoro pubblico
Alessandro Bellavista 39

La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi
Alessandro Garilli 62

Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento
Edoardo Ales 76

Lavoro, "ciclo della vita" e inclusione sociale: dinamiche e prospettive dell'azione sindacale
Pasquale Passalacqua 105

Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme
Valerio Speziale 139

Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro
Silvana Sciarra 195

Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007
Pasquale Chieco 215

The Transposition of EU Antidiscrimination Legislation into German Labour Law
Maximilian Fuchs 228

Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto
Sandro Mainardi 240

Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte
Franco Carinci 276

La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero
Alessandro Bellavista 360

Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea
Matteo Maria Mutarelli 383

Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global village"*

Bruno Caruso

I 4

1. Labour law and comparison: the state of the art. 4

2. Globalisation, comparison and labour law 6

3. Comparison and "cross fertilisation": towards common labour law principles in Europe. 9

3.1. Empirical evidence of the theory of cross-fertilization; the techniques and "formants" involved in the Europeanisation and homogenisation of national labour law systems. 11

II 15

4. Intensification of dialogue and homogeneity of language in the labour law community. The factual premises: the transformation of enterprise and labour 15

4.1. The reformist response of the labour law community: ontological pessimism; from the law to the market 16

4.2. The second approach: the "optimism of will". "Plus ça change..." 18

4.2.1. … The consequences for labour law 20

4.3. The third approach: dialectic without synthesis. The perception of reality: continuity and innovation in labour law 21

III 22

5. The winding dialectic paths of labour regulation 22

5.1. Regulation and territory: the issue of supra- and sub-national federalism. Vertical subsidiarity 22

5.1.2. The regulation of bargaining and the workplace: centralisation/decentralisation as a false alternative 24

5.2.The forms and techniques of regulation: old governance vs. new governance; the classical Community method vs. the OMC; hard vs. soft law 26

6. From values to techniques and levels of regulation, then back to values: the need for a new theory of social justice at a transational level. 29

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 50/2007

7. Conclusions 32

8. Bibliography 32

This essay comprises three connected but conceptually separate parts. The first part, which is prevalently methodological in nature, contains as yet provisional reflections on the use of the tools of comparative analysis in labour law.

This is a crucial issue that has to be reconsidered within the context of an era in which the territorial dimension of the regulation of labour relations no longer necessarily coincides with that of the nation state, and others become equally pertinent: the infranational, the European supranational and the global transnational dimensions. This was the guiding principle of the seminar from which the present paper originated.

The second part focuses on the contents of the dialogue between labour law experts worldwide when faced with the radical changes in labour in the post-Fordist era.

This transnational dialogue is an event which may be the prelude to the circulation of concepts and regulatory proposals, if not actual models, tending towards global governance of certain dynamics which are currently transforming labour.

It is therefore assumed that the international labour law community cannot but accept responsibility for an open-minded interpretation of fundamental social rights, leading towards their global affirmation and effectiveness; an interpretation which, given its openness, must of necessity be of a comparative nature, not least by virtue of the many positive examples provided by high courts operating at a national, supranational and transnational level.

This part will introduce a critique of certain cultural mindsets regarding the relationship between comparative legal analysis, national legal systems and market globalisation, attitudes which are not exhibited explicitly but, as often happens in dialogue between labour law scholars, come in the form of political and ideological pre-comprehension; attitudes frequently hovering in the background when specific issues are dealt with.

The third and last part, which is closely connected with the previous one, presents a possible new cultural approach to some salient issues, chosen merely by way of example and treated in a general fashion: a) the problem of the relationship between territorial levels of regulation; b) the relationship between the weight and consistency of different regulatory sources (hard vs. soft law) and the related issues of governance. Reference to these issues confirms the increasingly axiological and normative, as compared with cultural and cognitive, function of comparative legal analysis in the era of globalisation.

The analysis of these issues is mainly inspired by the constructive critical relativism of Michael Ost and François van de Kerchove. The approach is one of trying to imagine a possible way of avoiding certain dangerous epistemic traps that are widespread in current labour law analysis in Italy and elsewhere: the neo-liberal drift or a Third Way top-down approach, or again, the conservative, uncritical defence of tradition.

An attempt will, however, be made not to lose sight of those legal principles that are an integral part of the labour law DNA and the values enshrined in the fundamental and constitutional social rights handed down by European "labour law" (legal) tradition.

I

1. Labour law and comparative method: the state of the art.

The positive lawyer who uses the tools of comparison when reflecting on the changes that are occurring has always found it a useful exercise for critical assessment of his own rooted convictions: what comparativists mean by the shedding of cultural provincialism or access to Arcadia. It is not far from the truth to state that, at the beginning of the third millennium, this is particularly evocative of new meanings and significance.

Now more than ever it seems impossible in any assessment of the changes occurring in national legal systems to avoid reference to intersecting, diversified dimensions and territorial levels of legal regulation; these levels are widely recognised as overlapping and mutually interrelated[1]. Cross-reference is inevitable, not least because of the objective and unprecedented growth, in the last fifteen years, of regulatory and normative pluralism and also in communication between different legal systems, through a regular flow of communication or legal grafting[2]. This is the effect of what has been defined as legal globalisation, less studied than but closely connected with economic globalisation; a phenomenon to which the historically structural and probably irreversible crisis of state-centred legal positivism is connected[3].

In its most universalistic and least specialised version[4], the science of comparative law has aroused an awareness in the broader community of positive lawyers of the fact that it is this approach – together with historical and interdisciplinary analysis[5] – that allows for a non-ideological view of the transformations taking place in law and society, leading to a re-dimensioning of the presumed or real eccentricities of national legal systems; contributing towards the dissolving of nationalistic and constitutional pride; broadening the horizons of legal analysis and taking as its object of study the living law, its effectiveness and, more recently, the intense, flourishing variability of the sources of regulation, beyond the limits of positivism and legal formalism[6].

---

[1] G. Gorla 1964, p. 933; B. Markesinis 2003; P. Legrand 1995, 2003. See also many of the essays in P. Lagrand and R. Munday 2003. The reference to Arcadia is from G. Alpa's introduction to the Italian translation of Markesinis, *L'arcadia del comparatista un saggio di storia e di metodo.*

[1] W. Twining 1999 p. 225.

[2] In the EU system the flow of communication has not only concerned "*nomina*", that is, concepts, but also normative data and the juridical practice of the operators: see § 3 below. See also M. Lupoi 2001, p. 60 ff.; M. R. Ferrarese 2006. p. 42 ff; R. Bakker 1993, p. 339 who speaks of "Europeanization from below".

[3] The literature on juridical globalisation has become too vast to be summed up in a concise manner.

[4] References to the anti-dogmatic cultural function of comparison with the use of metaphors such as the ship of Argos, a rhizome, a journey, or serendipity, is recurrent in the classics of comparative law. To mention only the great Italian school it would sufficient to cite authors such as Gorla, Sacco, Denti, Cappelletti, Lupoi, Aniani, Alpa, Pizzorusso, Mattei, Monateri and others, whose works abound with criticism of the overspecialisation of comparative science and the limits of "systemology"; in particular see U. Mattei and A. Di Robilant 2001, 109.

[5] M. Graziadei 1999.

[6] It is no coincidence that the profound innovation of Italian labour law studies, which was incubated in the '50s and '60s and achieved in the '70s and '80s, owes much to comparative studies and the approach inspired by normative and institutional pluralism, especially that of Gino Giugni and Massimo D'Antona; still to be analysed is the mutual influence between the evolution of the study of European social law and Italian labour law theory, as well as the effect of the former on the changes in cultural orientation taking place in the latter. For a first attempt, see M. Barbera and B. Caruso, publication forthcoming.

Comparative analysis has thus been considered by the labour law theory inspired by this approach to be a privileged way to gain deeper knowledge of the bearing structures of national systems of labour law, welfare and industrial relations, according to the method of knowledge by differentiation. This does not mean obliterating the teaching of Kahn Freund about the dangers of misuse of the *legal transplant*[7] , above all in trade union law, which is more heavily influenced than legislation concerning employment relationships by political institutions and the action and cultural resistance of large organisations of national interest; nor does it mean, however, neglecting the influence of different constitutional models on systems of industrial relations and labour law[8] .

The use of micro-comparison in labour law – as in other disciplines, above all private law[9] but also the law of civil procedure – was for some time substantially confined to a cognitive function, of undoubted use as a premise for strategies aiming at reforming national legal systems[10] insofar as a view of "foreign models" – essentially the national models of Western Europe and North America – showed the way towards domestic reform by learning from the mistakes of others[11].

Today the traditional virtues of the comparative method are certainly exalted but in a way transformed: they have become something else, although they retain their original "flavour". The relationship between comparison and labour law can, indeed, be said to be aligned with what comparative law has traditionally maintained in its elected sphere of action: the regulation of contractual and commercial relations without neglecting assertive contents and values. Indeed, the recovery of this relationship is an integral part of the ideological unveiling of a relationship between law and the market that is axiologically oriented towards submitting the former to the dictates of the latter[12]. Recovery of the prescriptive, value-based dimension of comparative law (the values of juridical universalism based on rights and human dignity) [13] also militates on the side of the choice to revisit the use of comparison as a theoretical tool not only for critical knowledge but also practical change (the "subversive" function of comparison)[14]. The findings of the international legal community, and not only those of supranational Courts, can in fact contribute towards re-proposing a *ius commune* that is open, at a supranational level, to the language of fundamental social rights.

---

[7] In his famous essay of 1974. Alan Watson's theory of the legal transplant was made known in Italy by the writings and theorisation of 'legal formants' by R. Sacco 1991.

[8] O. Kahn Freund 1976

[9] On the concept of micro-comparison, see W. Twining 1999, p. 233 ff.

[10] For the Italian situation, see T. Treu 1979; B. Veneziani 1981; S. Sciarra 2002a.

[11] D. Kennedy 2003; G. Monateri 1998, p. 456 "*A comparison which today, in fact, still aimed solely at demonstrating the various possible formulations of the rule, and the conceptual plurality of national expressions of the rule, would be destined to mark time and would be nothing other than realisation of the oxymoron of "merely dogmatic comparison".*

[12] A. Supiot 2000.

[13] On the relationship between legal comparison, global governance and the protection of universalistic values, see D. Kennedy 1997.

[14] The expression is taken from H. Muir-Watt 2000 who attributes to juridical comparison the task of fulfilling a function that is critical of what exists and the creation of new juridical techniques. Traditionally, in the functionalistic approach, the comparative method is ascribed a number of functions (R. Scarciglia 2006, p. 40 ff.). These include its use: a) for initiatives of legislative policy and the compiling of normative texts; b) in the preparation of material to be presented before a judge; c) as a vehicle of doctrinal comparison; d) as an aid to the drawing up of international treaties and conventions; e) for the harmonisation and unification of legal systems (very much in vogue in Europe today, especially in private and contract law); f) for the systematic interpretation of legal institutes, this function having been proposed by a great Italian jurist: T. Ascarelli 1952, 10

There are two contextual elements that require a renewal of the debate concerning the relationship between labour law and comparative analysis, elements which were present in embryonic form as early as the '60s and '70s but developed due to subsequent events.

The first is the already mentioned phenomenon of globalisation. The second is the accentuation of the process of European integration (following the Maastricht agreement) which strongly affects social as well as market relations.

2. Globalisation, comparative analysis and labour law

The phenomenon of globalisation – and the related paradox of the two-faced nature of a modernity that homogenises and differentiates at the same time – force labour law experts to relinquish the view of national, state-produced, labour law as the only horizon of regulatory transformations to be confronted.

Globalisation undermines rooted certainties, for example the particularly prudent relationship labour lawyers have maintained with the comparative approach.

Some changes linked to globalisation also apply to social regulation, in which labour law is directly involved.

To the competition between legal systems on a worldwide scale is attributed the role of unhinging regulatory uniformity; in the current era of globalisation, it is believed to accentuate differences to such an extent as to undermine the traditional universalistic aims of comparative law: the myth (or objective, depending on one's point of view) of the international unification of law while respecting local identities. This is at the basis of interpretations of labour law systems strongly oriented towards re-nationalisation[15].

It is, however, undoubtedly true that this trend, in a typically post-modern paradox, leads to both differentiation and de-differentiation; at the very least it prevents a rigid juxtaposition between normative uniformity and competition between systems: to compete with each other, legal systems have to be differently competitive and thus accentuate the difference between them, but at the same time they have to be "comparable" and thus "harmonised", as harmonisation is the main support of competition; this inevitably leads to a universalisation of the benefits of legal tools that contributes towards unhinging the principle of the territoriality of law and a diminishing of the identity and specificity of national legal systems.

At a transnational (global) level all this not only renders geographical boundaries more porous to the increasingly dynamic flow of capital, services and people, but also leads to an uncommon openness on the part of legal and institutional systems.

As has been stated, "in causing great transnational mobility of persons and above all knowledge, globalisation increases not only the so-called «circulation of models» (legal models – *author's note*), but also comparisons between rules, norms, sections of normative systems, case law, etc.", having the peculiar effect of grafting from one system to another[16]. This would appear to be behind the as yet sinuous, uncertain but visible emergence of a proper transnational law which is to

[15] S. Simitis 1994.

[16] M. R. Ferrarese 2002.

be distinguished from both international law (both public and private) and supranational law referring to the specific dimension of the EU.

These analyses normally refer to private law and the so-called *lex mercatoria*, but they are starting to concern labour law as well. The various paths of research which connect juridical globalisation, labour law as a scientific discipline and the various breeding-grounds of transnational labour law sources assume a common premise: national labour law can at most be considered a local, and thus increasingly relative, if not insufficient, response to phenomena of global change that should rather be studied and investigated by a community that places at this level not only its cognitive strategy but also regulatory planning strategies pursued under the banner of classical social rights (especially of a collective nature such as the right to strike and freedom of association)[17] and the reformulation of new rights more oriented towards the person and personal dignity: knowledge, training opportunities, the possibility to reconcile social, family and work commitments, the enhancement of capabilities, the right to a decent, adequate and satisfying job, etc.

On the cognitive level, the study of globalisation from a legal as well as an economic viewpoint yields results that concern above all culture, language and communication. In the international labour law community as well, globalisation has the oxymoronic effect of modernity: a new common language is forged. In many respects this language is uniform and simplified, but far from negating the differentiation and complexity of national dialects, it presupposes and almost agglutinates them.

It is a global juridical language referring to archetypes and infrastructures common to the various labour law systems that still take for granted the differentiation and complexity of national legal structures and systems, according to schemes of interpretation typical of classical comparative law but recently taken up again in significant studies by labour law experts and sociologists.

As has, however, been appropriately emphasised the greater communicability between the languages spoken by jurists on a global plane does not necessarily imply the construction of a juridical meta-language endowed with universality, nor the opportunity to use empirical generalisations regarding juridical phenomena. It is, on the other hand, necessary to adapt legal theory, especially that of labour law, to the new context of multilayer regulation which implies not only a territorial differentiation of sources but also interaction and the hybridisation of formants, cultures, models and legal fragments.

The meeting between the comparative method and labour law yields, as mentioned previously, diverging results, also of an axiological and prescriptive nature.

At a cultural level the application of a scheme typical of diffusionist comparative analysis: the exportation of a strong model like the economic analysis of law, prestigious because "successful" on the market of juridical culture and claimed to have hegemony over labour law as well. A model that is exported from the national context where it was incubated and developed (the prestigious American schools) and transferred to a global context.

An exportation of this kind postulates its universalisation. In this way, law and economics becomes *the*, rather than *an*, explanation of law: efficiency, the market, competitive balance, costs

[17] S. Sciarra 2002b

and benefits analysis are presented as a sort of universal equivalent of particular markets (the labour market), social subsystems (systems of industrial relations) and juridical subsystems (labour law), whose specific object (labour) is no longer considered to be sufficiently special (or sufficiently distinct from other goods) as to justify regulations inspired by parameters (or values) other than those of efficiency and competitive balance.

The global unification of markets inspires a trend towards harmonisation of the (de)-regulation of labour, above all when it intersects with the regulation of markets and competition: in the impact with the schemes regulating international competition, national labour law systems are as it were centrifuged and preserve only a fictitious identity (considered as merely the dross remaining of a past era, however glorious that past may have been). What is important is the functional equivalence of this regulation. After being treated with excessive concern for efficiency and functionality, the national identities of labour law systems do not disappear completely but they fade. At this point classical comparison in its latest diffusionist, imitative and iterative version is exalted in labour law as well: it is sufficient not to stand in the way of the market and apply the canons of law and economics to the single institutions of national labour law to corroborate juridical globalisation and the uniformity of law, functional and in line with economic globalisation.

Techniques such as mutual recognition or a certain use of the OMC (and the related tools of peer review, benchmarking etc.) and application of them to the European Employment Strategy – in the specific EU dimension – are highly expressive of this trend.

But this outcome is not necessarily written in the Tables of the Law[18]. This type of meeting and cultural vision of the relationship between globalisation and comparative labour law clashes with another, axiologically antithetical view.

The labour law scholars community is following the directions of comparative law in re-launching the ancient universalistic hypothesis of a worldwide governance that appears to find its new foundation and legitimacy in economic globalisation.

So on the one hand globalisation re-proposes the problem of re-launching the traditionally hazy role of the great international organisations and international labour law.

On the other hand the increasingly evident mixture of public and private – with the regulatory role at a transnational level of private entities like multinational corporations – and the multilevel (local/global) dimension that globalisation brings lead to broad analyses of possible mixtures between *lex mercatoria* and *lex laboris*; of the relationship between soft regulation (unilateral codes of an ethical nature, social clauses inserted into commercial treaties) and hard regulation of standards of protection at an international level, which in turn paves the way to new processes of regulatory hybridisation[19]; they induce reflections on the renewed and, from the '90s onwards, more significant process of the internationalisation of trade unions, collective bargaining and the instruments of industrial action in a transnational dimension[20].

---

[18] M. Barbera, B. Caruso, forthcoming.

[19] D. M. Trubek– P. Cottrell - M. Nance., (2005); D. M Trubek. - L. G Trubek (2006), B. Caruso 2006.

[20] E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré 2006; D. M. Trubek – J. S. Rothstein 2001; B. Tessié 2005; W. N. Cooke 2005.

In this perspective antidiscrimination law is one of the most mature and symptomatic examples of a global law that unifies and, at the same time, produces plural regulations, with intersecting planes of regulation and juridical cultures of various origins, in which the unified language of the new antidiscrimination social law is transmitted, in Europe, by both the supreme Courts and supranational legislation.

It thus happens that in the new horizontal, flat labour relations typical of the factory with no walls and no boundaries the traditional antidiscrimination tools forged within national boundaries in compliance with the different legal and constitutional traditions and jurisprudential and administrative practice of the various states, prove to be inadequate to cope with the changes taking place. The same discriminatory phenomena are prejudicial to rights and principles considered to be universal: individual dignity, the principle of equality and non-discrimination; rights and principles that are to be considered independent, in the global dimension, of any recognition they may be accorded by the constitutions of the nation states.

Certain interesting hypotheses thus postulate that the peculiar circularity of globalisation may make it possible to graft onto the legal system in which antidiscrimination law was incubated (the USA) new models of regulation and protection developed in another context (the latest generation of European antidiscrimination directives); and it is well known that European context was originally influenced by the American experience [21].

Antidiscrimination law thus confirms its pioneering nature, almost as a sort of laboratory producing a new law globalised not only as far as language is concerned but also regarding positive regulation: in the case of the European Community by means of the technique of legislative harmonisation and also via the circulation of models of judicial protection through the supranational dialogue between the ECJ and national courts, although this is not geographically homogeneous; and even transnational by virtue of the original influence of the models developed by American courts on the jurisprudence of the European high courts, the ECHR and the ECJ[22].

3. Comparative metodhod and "cross fertilisation": towards common labour law principles in Europe.

The construction of a European legal system represents, for scholars of comparative law, an adventure typical of *serendipity*: its "unforeseen, anomalous and strategic effects"[23] include the opportunity to develop a new theory or broaden the existing theory of legal comparison. The theory referred to is that of "*cross fertilization*", that is, osmosis and continuous mutual hybridisation between legal systems[24] with the development of general principles of European law by the Court

---

[21] K. Stone 2004, p. 157 ff.

[22] C. Kilpatrick 2001.

[23] R.K. Merton - E.G. Barber 2006, p. 18 (Italian edition).

[24] Acccording to R. Dehousse 1994, pp. 762-763, with the process of communitarisation which originated with the accentuation of integration policies in the '80s and accelerated with the Maastricht Treaty, "The national and Community legal systems are now so closely intertwined that one notices many instances of institutional osmosis: principles and institutions borrowed from national traditions are incorporated in Community rules and at times travel back, be it in a modified form, to the national level, as part of the Court's jurisprudence". See also A. Adinolfi 1994, 523-524.

of Justice[25]. It is no coincidence that the incidence of EU law, and thus the necessary circulation of the models of the Member states, is historically considered to be the ultimate and most sophisticated phase in the use of foreign law in a domestic legal system[26].

According to this approach "*The cross-fertilization between Community and national legal systems leads to Communitarization of national laws - understood as overturning national rules inconsistent with Community law and therefore substituting Community law for national rules - on the one hand, and to Europeanization of Community law - understood as procuring for Community law a firm foundation in the concepts and principles which the legal orders of the EU Member States have in common - on the other. All this transforms comparative law radically from a purely persuasive* (and cognitive – *author's note*) *branch of the law into one* (regulatory, *author's note*) *which has to fulfil a task of strategic importance*"[27].

Communitarisation – the top-down direction of the process – has the same effect as globalisation: it leads at the same time to *homogenisation* and *differentiation* of regulatory systems.

Homogenisation because it is an accepted fact that both the 'legal formants' – the Community legislator by means of the technique of normative harmonisation – and the 'Judicial actor' – the Court of Justice with its doctrines concerning the supremacy and uniform interpretation of Community law[28], the direct and indirect effect of directives, the competency of competencies, state accountability for non compliance, and with the use of general principles, for instance that of proportionality – are working towards the unification of law by comparison between the various systems[29]. Following the European Council in Lisbon[30], the method of continuous comparison of both legal structures and economic indicators with the Open Method of Coordination was also adopted by EU institutions[31].

Differentiation because it is also an accepted fact that the communitarisation of national systems causes in each system a diversification of the various sub-sectors of the law, that is, between legal institutes affected by communitarisation – in the form of both harmonisation and the approximation of regulation – and institutes which remain unaffected: which increases the objective

---

[25] J.A. Usher 1998; T. Koopmans 1991, p. 57 ff.; L. Moccia 2005, pp. 969 ff, 983; A. Adinolfi 1994.

[26] Models considered by A. Somma 2001, p. XIV "blended into the regulations, directives, and the very language used by Community legislators and the Court of Justice of the European Community".

[27] W. van Gerven 2001a, p. 435.

[28] On the milestone rulings of the Court of Justice that have marked the stages in the construction of the European system as an eccentric Constitutional system (ECJ 5 February 1963, van Gend & Loos, 26/62; ECJ 15 July 1964. Flaminio Costa v E.N.E.L., 6/64, European Court Reports 1964 p. 585), European Court Reports 1962 p. 1) see, J.H.H. Weiler 1999, in particular the essay *The Transformation of Europe*.

[29] F. Toriello 2000, p. 494, considers the general principles of European law to be 'superformants'. In his opinion comparativist argument has become part of the style of rulings passed by judges in European courts, by direct reference or as echoes of the conclusions of the advocates general (491). As far as European social law is concerned, paradigmatic of this style are the monumental conclusions of Advocate General Jacobs in the Albany case: ECJ Case C-67196, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfodns Textielindustrie, a proper essay in comparative law.

[30] Extraordinary European Council, Lisbon 23-24 March 2000. Presidency Conclusions.

[31] R. Dehousse 1994, rightly highlights the methodological difficulty of identifying the right level of analysis to which comparison between the laws of the single nation states is to be referred (the relationship between micro and macro comparison).

necessity, in order to give coherence and a systematic nature to an increasingly fragmented system, of recourse to what has been defined as the method of "internal comparison"[32].

This obviously also applies to labour law, the process being accentuated after the Maastricht Treaty. It was from this innovation of the institutional architecture of Europe, in fact, that the construction of the social dimension, and not only the economic and financial unification of the markets, received an undoubted impetus[33].

But the process is also characterised by an inverse dynamic: the drawing up of the general principles of European law by the European Court of Justice is also connected with what has been defined as a process of Europeanisation from below[34], through an increasingly widespread activity of international consultancy and assistance by a new type of jurist, a practitioner and also a theorist endowed with a European culture who tends to homogenise not only his culture and legal education but also his language, thus influencing the modus operandi of the Courts.

3.1. Empirical evidence of the theory of cross-fertilization; the techniques and "formants" involved in the Europeanisation and homogenisation of national labour law systems.

Concerning the effect of regulatory homogenisation at a European level, several examples can be given of transformations of labour law rules brought about by the process of Europeanisation, transformations that testify to different forms of osmosis between legal systems and thus different ways in which the use of comparative analysis functions.

The examples are random since they are explicative of an consolidated circumstance: the unsystematic and occasional character of the process of social integration of European national systems; a process that pays dearly for the contradictions and nonlinearity of the process of political integration in the EU and its historic dependence on the functionalist creed.

The examples are, however, indicative – and this is significant for the relationship with the comparative method – of the fact that the process of regulatory homogenisation through the Europeanisation of the various legal systems has been brought about by impetus from different centres of regulation using different techniques.

They can be collocated along a continuum stretching from a strong (cohesive[35]) integration of social systems with European social law directly affecting national legislation, to a weak integration in which supranational regulation leaves legislative differentiation at a national or sub-national level unaltered, despite the fact that it operates in the direction of convergence of objectives and results that imply the adoption of common policies.

It is also necessary to point out that the different "methods" do not in reality operate in watertight compartments, nor does traditional recourse to one exclude the other in either a diachronic or

---

[32] van Gerven 2001b; 1998, p. 92. Approximation of laws is the legal terminology used in Community law, since its inception, to denote how the Member States approximate to the EC law rather than replace their national laws. Approximation may involve amendment or adaptations to national laws or the adoption of supplementary laws for example, but the means is left to the discretion of the Member States. Harmonization could imply, and normally implies, replacement of current national legislation.

[33] J. Kenner 2002, p. 293 ff.

[34] See note 3 above.

[35] The distinction between institutes of social law in which "functionalistic" harmonisation is achieved and those which achieve "cohesive" harmonisation was made by M. D'Antona 2000, pp 377 ff., especially 402.

synchronic sense: different methods can follow each other chronologically or operate simultaneously.

In particular the examples referred to make use of methods of regulatory integration and/or homogenisation through:

A) the *hard* (*or strong*) *'legal formant'* who produces "*harmonisation*", that is, parallel and therefore "harmonic" processes of social regulation of the various national systems of the EU, even though the Member States retain sovereignty in applying European social legislation, with operative results, with respect to the objective/function of normative harmonisation, that may well diverge, depending for example on the greater or lesser effectiveness/efficiency of the implementation tools, and/or on the national administrative apparatus[36]. Health and safety in the work environment is the most evident example of communitarisation by harmonisation (framework directive and detailed hard technical directives[37]) even though, in confirmation of the possible hybridisation or the chronological succession of different methods, more recent intervention in this field has been increasingly characterised by the use of the tools of soft law aiming at light integration more by convergence of results than by normative harmonisation[38].

B) *The soft (or weak) 'legal formant'* who produces "random" regulatory "approximation", that is, the approaching of pieces of social regulation from the various systems which concentrate around minimum and/or common standards, leaving member states free, within certain limits, to differentiate. The directive regulating working time, rest and break periods, paid leave and night-time work[39] is an example of this type of random, patchy homogenisation of social regulation[40]. This process is guided using mixed, hybrid techniques: it does not exclude hard harmonization in certain areas, for example the prohibition of night work or the guarantee of paid holidays (Art. 7), onto which has been neatly grafted the function of consolidation and modification of differing national norms by the Court of Justice[41]; but "soft" regulation for minimum standards or principles tends to prevail. The latter technique requires the adoption of certain basic rules or common principles, leaving legislators and national social actors broad scope for persistent regulatory differences between national systems, and merely specifying recourse to collective bargaining in certain sectors, for specific categories of workers (the technique of what is known as "conditional derogation"); or granting the pure and simple possibility of exemption from

---

[36] V. Howes 2003.

[37] For a detailed overview of EU Health and Safety directives, see the website of the European Agency for Health and Safety in the Workplace: http://osha.europa.eu/legislation/directives/

[38] S. Smismans 2003.

[39] Directive 2003/88/EC OJEU L29 18.11.2003.

[40] For a broad discussion, see G. Ricci 2005. According to M. Threlfall 2003 antidiscrimination directives should also be included among those aiming at "approximation" and not harmonisation. Antidiscrimination law, together with health and safety, belong to that part of European law in which general inderogable principles of European social and public order prevail; they produce cohesive harmonization: in this sense, see the highly acceptable views of S. Sciarra 2006.

[41] On the case BECTU ECJ C-173/99, see G. Ricci 2001. More recently, ECJ C-124-124/05 Federatie Nederlansde Vakbeweging v. Staat der Nederlanden.

Community regulations by means of recourse to the individual/source contract, where legitimised by national law (the technique of unconditional derogation, also known as the *opting out* regime)[42].

Soft provisions aimed at bringing national legislations closer to each other but contained in normative structures whose effect should be one of harmonisation (directives) are also found in the so-called social directives (issued following a European trade union agreement, ex Art. 139 TCE) regulating flexible employment (part-time and fixed-term work)[43].

In these cases the European legislator, through what has also been defined as the method of 'reflexive harmonisation'[44], pursues the by no means easy objective of squaring the circle, trying to find a reasonable balance between the achievement of regulatory homogeneity on the one hand, with the normative drive of the EU towards 'approximation' between national legislations concentrated around certain common principles (of varying degrees of solidity and clarity), also using the resources of trade union bargaining; and on the other the necessary, persistent regulatory differentiation between working hours and the duration of work relationships, by virtue of the objective of flexibility pursued by the EU.

C) *The judicial and doctrinal* actors *(*or, in the Sacco's terminology, legal formants without formal enactment*)*, who can produce both the types mentioned previously (harmonisation or approximation), the effects of their operations on the enacted 'legal formants' being unpredictable. There are various particularly congruent examples of how ECJ jurisprudence either autonomously or under the direct influence of academic jurists in the role of lawyers soliciting adjustments by national legislators, have brought about processes of homogenisation of national systems. The first example is the already mentioned ban on night work by women. The prohibition, considered by ECJ ruling as a protection measure not sufficiently penetrating as to justify a collision with the

---

[42] C. Barnard- S. Deakin – R. Hobbs 2003.

[43] Examples of this technique are the following clauses:
Clause 5 of Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work: Opportunities for part-time work
"1. In the context of Clause 1 of this Agreement and of the principle of non-discrimination between part-time and full-time workers:
(a) Member States, following consultations with the social partners in accordance with national law or practice, should identify and review obstacles of a legal or administrative nature which may limit the opportunities for part-time work and, where appropriate, eliminate them;
(b) *the social partners, acting within their sphere of competence and through the procedures set out in collective agreements, should identify and review obstacles which may limit opportunities for part-time work and, where appropriate, eliminate them*.
Or Clause 5 of Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work (measures to prevent abuse):
"1. To prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships, Member States, after consultation with social partners in accordance with national law, collective agreements or practice, and/or the social partners, shall, where there are no equivalent legal measures to prevent abuse, introduce in a manner which takes account of the needs of specific sectors and/or categories of workers, one or more of the following measures:
(a) objective reasons justifying the renewal of such contracts or relationships;
(b) the maximum total duration of successive fixed-term employment contracts or relationships;
(c) the number of renewals of such contracts or relationships.
And clause 6: Information and employment opportunities.
"(…) *2. As far as possible, employers should facilitate access by fixed-term workers to appropriate training opportunities to enhance their skills, career development and occupational mobility".*

[44] S. Deakin 2000.

principle of equality between the sexes, considered a fundamental principle of the European legal system, was lifted thanks to ECJ decision in the late '80s, giving rise to a negative harmonisation, achieved by the removal of national legislations in contrast with the jurisprudentially established principle: specifically, the French and Italian regulations containing an undifferentiated prohibition of night work[45]. The judicial impetus was followed by legislative ratification with the working time directive, which completed the "work" of ECJ with a process of positive normative harmonisation of European legislation on the limits of night work[46]. The same effect of negative harmonisation was achieved by ECJ doctrine adverse to the state monopoly of employment agencies (case *Job Center II*[47]), which also had the oblique effect of legitimising the supply of labour by private agencies, as happened in Italy where specific anti-fraudulence regulations limited intermediation in employment. In this case, however, there are at least three specific differences with respect to the previous example of night work: i) this time the effect of negative harmonisation achieved by ECJ case law is not connected to a social value (equality) considered as prevailing over another (protection), but to a "mercantile" value (free access for private enterprise to the market of the placement of labour), prevalently juxtaposed or, according to some Italian commentators, opposed[48], to the social value of state management of a typical social service; ii) unlike the previous case, the role of negative harmonisation played by ECJ jurisprudence was strongly solicited by academic, political and media lobbying, with the declared aim of bringing about domestic changes instrumentally occasioned by claims of adapting the domestic system to that of the EU and its market values, considered to be prevailing[49]; iii) the negative harmonisation was not followed, as in the previous case, by positive harmonisation, not even with the start of a process of approximation by means of a directive with mostly soft rather than prescriptive contents, given that the draft directive on agency work has not yet encountered the political consensus necessary for it to be issued[50]. A further example of transformation of domestic law by virtue of the direct action of the supranational judicial actor is the case of the training contract: some new provisions contained in the recent reform of the Italian "first job" contract seem to echo directly the words of the Court of Justice ruling (Case C-310/99) which found against the Italian Republic for violating EU norms regulating state aid.

D) *The new technique of the Open Method of Coordination,* that is, the bringing about of political change by mimesis or moral suasion, or by political sanction, based on controls of authoritativeness (peer review) which exclude legal sanction; a method which produces processes of "convergence" of policies and results rather than approximation of regulation, that can be collocated in a broad spectrum (from minimum to maximum convergence, not necessarily in the direction of lowering social standards) according to the greater or lesser extent to which the method is institutionalised. This is the method which by its very nature suits the new multilevel style of European governance which should be able to reconcile unity of objectives and differences in institutional regulation, also in view of the enlargement of the EU and the increased heterogeneity of systems

---

45 ECJ 25 July 1991 (Alfred Stoeckel, C-345/89), European Court Reports 1991 p. I-4047; C. Kilpatrick 2001, 118 ff.; A. Jemmaud 2001, 237.

46 G. Ricci 2005.

47 Job Centre Coop. Arl., Case C-55/96, (1997) ECR I-7119. See S. Sciarra 2001, 252 ff.

48 M. Roccella 1998.

49 S. Sciarra 2001.

50 L. Zappalà 2003.

the process involves. It is a method that, for all its specificity and individuality, can in a way be collocated in the composite and variegated area of (second-generation) soft law.

E) Finally, the *collective bargaining* which is to be considered a specific social regulatory technique and an autonomous source of law in the European legal system. Since it got past the stage of being an informal consultative procedure (social dialogue), collective bargaining at a European level has increased its regulatory functions, having a more effective role in bringing national social systems closer to each other. It acts, in fact, on social issues attributed to the concurrent competency of the EU according to concertation procedures constitutionally laid down by the European Treaty. As a functional equivalent of legislation, European collective bargaining has up to now played the same role as the social directives incorporating the agreement (the already mentioned directives regarding part-time work and fixed-term contracts, to which must be added the directive on parental leave); that is to say, the role of bringing national regulatory systems closer but only in a limited number of areas (as in case B). On the other hand, in its autonomous version (Art.139 TCE consolidated version) collective bargaining, thanks to the activity of European Works Councils [51], is starting to affect processes of social regulation traditionally entrusted to national-level bargaining (for example, wages), gradually, using uncommon, oblique methods, playing the autonomous supranational regulatory role which was accorded by the European Treaty and which the European Constitution, if ratified, will sanction as a European social right. As matters stand, however, the effects are of convergence between sectors and concern a limited number of specific issues (telework, work-induced stress, non-discrimination, training, etc)[52].

II

4. Intensification of dialogue and homogeneity of language in the labour law community. The factual premises: the transformation of enterprise and labour

A common premise in the global discourse of labour law experts is recognition of the profound change in the supply and organisation of labour. This change can be summarised as a transition from Fordism to Post-Fordism. The amount of economic and sociological investigation of the topic is endless[53]. Another relatively consolidated common premise is that labour is changing due to endogenous factors, for example the impact of new technology, which some see as the driving and identifying force behind globalisation[54]; and also due to osmosis between modern technology and training processes, which produce a new type of worker – the so-called knowledge worker – with new requirements, new needs, new interests, diversified and non-standard, claiming independence and autonomy and rejecting the uniform regulation of labour typical of the Fordist era, above all as regards emblems of labour regulation such as wages and working hours[55].

Another profound change endogenous to labour is the progressive feminisation of the workforce, which in certain respects is more conducive to the new organisation of labour and has flexibility requirements that were traditionally absent among Fordist-era factory workers.

---

[51] Once again it is impossible to mention the vast amount of relevant literature: see for all V. Telljohann 2006.

[52] J. Arrowsmith – P. Marginson 2006; B. Caruso, publication forthcoming; P. Marginson - K. Sisson 2004.

[53] Among many, see H. Beynon- T. Nichols (eds), 2006; K. V. W. Stone 2004; L. Dickens 2004; K. Kumar 2004.

[54] R. Sennet 2006.

[55] A. Gorz 2003; C. L. Fisk 2005.

But labour is changing above all because what was traditionally its main recipient, the firm or enterprise, is also being redesigned to keep up with market transformations. This is what is indicated as the model of flexible specialization, with the new production paradigm pivoting around the consumer and his often changing requirements. As is known, changes in enterprises concern both their systems of governance (decentralized decision-making) and their relationships with the territory, being fragmented into micro production units under exclusively financial central control, through processes of outsourcing concerning not only planning but also production, organisational and administrative functions.

These processes of outsourcing are so profound as to undermine the dualistic core/periphery paradigm of production and labour originally used to account for it. It is no coincidence that sociologists and economists prefer other paradigms to explain this form of business organisation that no longer concerns the simple dualism between core production and secondary peripheral functions: the current reality is business networks, or networks of businesses, etc. [56].

Given these common premises, the discourse of labour law scholars in both the global community and national debate is divided as to the effect of changes in production methods on the model of regulation of labour and the possible need for a new scientific paradigm. In short, the shared problem – which has led to radically different responses, as we shall see – is whether, faced by a change in the contents and organisation of work, the interests connected with it, its culture and values, labour law as a science should change or at least adapt, and to what extent, and above all in which direction.

4.1 The reformist response of the labour law community: ontological pessimism; from the law to the market

For over a decade now, the future of labour law has been a common topic of debate among labour law scholars, relating initially to various national contexts and then increasingly to the global community. Three alternative positions would appear to emerge from this debate. These positions are often highly articulated ones that can be glimpsed in analyses of single issues or concepts (e.g. flexibility) but which can, at the cost of perhaps excessive conciseness, be traced back to common trends.

The first position derives from a basically pessimistic outlook. Faced with transformations that assign a central role to the market and enterprise acting at a global level, labour law, in the suffocating, outworn, old-fashioned garb tailored for it by politics and national legislators, is doomed to succumb. There are two versions of this approach, which start from the same premises but arrive at opposing outcomes: they could be called passive pessimism and reactive pessimism.

The first version, which is inspired by neo-liberal ideology, confines itself to the labour law crisis and its scientific and political defeat by economic globalisation. Its progressive but ineluctable incorporation as a sort of readjusted branch of company law, or its return to the womb of civil and contractual law, could be seen as the final stage in a process of extinction. The task of the

---

[56] It is the transition indicated to great effect in the title of the volume by Katherine Stone, 2004, which despite focusing on the American system is the most effective labor law summary of the changes that have come about in the factory without walls. See also M. L. Morin 2005.

labour law expert is to handle this process, rather like a doctor faced with the dilemma of euthanasia for a terminally ill patient[57].

The second version sees the progressive adjustment of labour law to the requirements of the market and businesses, along with the connected corollaries of efficiency and competitiveness, as the only way out, the only remedy against extinction, functional uselessness, or progressive lack of effectiveness. In this case, the "reactive" reform programme is epitomised in a highly ideological and in certain respects static *ex machina* version of the so-called Third Way.

This sophisticated and culturally intriguing concept, which is above all European does not accept the neo-liberal ideological simplification of a return to individual contracts[58]. It rather supports a change of focus in labour regulation which constantly has to measure up, without completely losing its functions, to the dictates of economic analysis of law, company law and competition. This approach is politically reactive: the adjustment of labour law to the market and its dictates entails radical top-down reform and the abandoning of outdated ideological postulates in favour of new ones.

It is therefore claimed that in order to avoid unconditional political and cultural surrender to the market, labour law must not only accept but also actively contribute towards radical changes in both its function and regulatory models. As far as its function is concerned, the focus of regulation has to shift from the protection of rights to the organisation and promotion of the market and employment; from distribution to production. Labour flexibility in all its forms becomes a pervading paradigm and yardstick for all policies and regulatory action. If human dignity (where human is taken to mean the consumer rather than the worker) remains as a term of reference in developing legal language and models, it is a posthumous, decentralised one as compared with the focus on market and company efficiency. In this new paradigm the right to work and the fight against the social exclusion of outsiders are the "noble" justification for a reduction in employment standards for workers, or rather the fair redistribution of rights between core and peripheral workers, and not of power relationships within enterprise, which are held to be untouchable. Some concession is made only to self reform by enterprise toward a greater social responsibility.

A good example is legislation regarding dismissal: according to the supporters of this new paradigm, protection against dismissal is no longer a right irrespective of the efficiency of the company and the market, but is to be redesigned and gauged taking into account the fact that company survival and employment policies are primary collective values that supersede any interest in safeguarding individual jobs. New legislation on dismissals should therefore incorporate a different idea of justice: the legitimacy of individual dismissal decisions should only be assessed in terms of the convenience and economic benefits for the company and not its effect on personal dignity. At any rate, responsibility for job protection should be shifted from companies to the labour market through training policies, the collective and social responsibilities of enterprises in certain market areas, and a new social security policy.

As regards regulatory techniques, the new paradigm requires new replacements for the old labour law tools which aimed to achieve uniformity and protect collective interests, typical of

---

[57] For all, see R.A. Epstein 1995; 1985.

[58] Reference is made to two Italian authors and one English author as indicative of this cultural approach: M. Biagi 2003, P. Ichino 1996, 2001, and H. Collins 1997,2000, 2001.

labour regulation in the Fordist era (in Continental Europe inderogable laws and national contracts). It is necessary to use techniques incorporating the new paradigm of flexibility and differentiation: soft law mechanisms such as the OMC, company self-regulation, and decentralised bargaining at a company or territorial level. The approach does not exclude competitive regulation by sub-regional state sources: once again labour law regulation has to adapt to the diversification of local labour markets and the decentralisation of company governance structures.

In this perspective labour law has to deal less and less with protecting standard rights, focusing more on anti-discrimination techniques.

State courts seem to be inadequate at enforcing rights. They are considered to be incapable of recognising soft, bargained regulation. In addition, they are inefficient because their lengthy procedures (procedural rules) cannot keep pace with market trends. Finally, state courts are inadequate because they are traditionally and irreversibly bearers of cultural values of protection tied to the outdated, rigid, worker-protection paradigm typical of Fordist-era labour law[59]. Instead of Employment Tribunals, preference is given to more agile forms of mediation and arbitration (ADR) that can come up with fair, possibly unappealable, agreements or decisions, where fairness is a synonym for market efficiency.

Traditional labour law certainties concerning trade union rights are also undermined in this perspective. The right to collective bargaining, for example, is no longer considered to be a market-independent variable and a supreme good to which the right to competitiveness has to adjust. The relationship is inverted: free competition is construed as an outer limit to the right to collective bargaining, which is treated in the same way as strikes in the British legal system. It is downgraded from the status of an inviolable constitutional right to that of an important but relative freedom (a sort of immunity), the bounds of which are determined, on a case-by-case basis and ex post, by the concrete expression of a qualitatively superior freedom or fundamental right: that of businesses to compete freely without constraints[60].

Above all at a European level, attempts at cultural modification of ECJ-made law according to this new concept of collective bargaining rights have been evident although up to now unsuccessful. The ruling in the Albany case, which was naturally criticised by the supporters of this new paradigm, is a vestige of resistance against this attempt to infiltrate market values into the traditional concept of social rights, thus structurally modifying the labour law paradigm.

4.2. The second approach: the "optimism of will". "Plus ça change..."

A second approach, radically different from the structurally pessimistic one briefly outlined above, is currently circulating in the international labour law community. It is summed up by the formula "Plus ça change, plus c'est la même chose." Here a certain optimistic faith in willpower (resistance to innovation) is predominant. This approach does not deny the transformations affecting labour and enterprise in the post-Fordist era. The phenomena connected with new production methods are, however, considered to be superstructural or quantitatively limited. A recurrent consideration in this approach is that the supporters of innovation and modification of

[59] This is expressly stated in The Italian Government's White Paper, inspired by M. Biagi; see A. Lo Faro 2002.

[60] P. Ichino 2001.

the paradigm overestimate certain real data for purely ideological purposes – a sort of new version of false bourgeois conscience.

Consistently with this premise it is claimed that there is no reason for changing the basic structures of the post-war national labour law models typical of central and northern Continental Europe. These systems were the most effective responses to demands for equality and solidarity circulating in post-war Europe; they represented a proper counterbalance to the historical demand for freedom of action by enterprises. The main subjects and arbiters of this balancing action were the nation states, which passed strict laws granting individual protection and collective rights to both individuals and trade unions (in the form of auxiliary legislation), introducing imperative norms, violation of which was punishable by law, and granting jurisdiction to law court judges.

This model which centred on the State and the law proved in the long run to be more successful than the Anglo-American voluntary models based on the abstention of law and industrial pluralism, where labour law systems followed the same sad fate as national trade union movements.

According to this analysis, the transformations which took place in the 80s and 90s, far from freeing labour, exacerbated the old inequalities, often reproducing servile labour: the post-Fordist organisation of work is not, in fact, devoid of phenomena of alienated mass labour in which neurosis, insecurity and widespread instability are the terms of the new "psychological contract".

The new systems of results-based pay or pay incentives, for example, are nothing more than updated versions, adjusted to new production methods, of piecework, which was thought to have been relegated to history. In addition, physical fatigue and exploitation have not disappeared but only geographically shifted, via delocalization processes, to other areas (the South and Far East of the world of globalised production). Inequalities have thus extended horizontally in systems where the post-Fordist organisation of labour is prevalent through the greater economic dependence, even of workers who are legally independent, on old and new economic powers; these systems have also produced new inequalities due to new forms of discrimination based on age, ethnic origin or race, in connection with the North-South planetary dimension of the immigration phenomenon. Income, social status and cultural inequalities have also deepened vertically, with the accentuation of traditional cleavage inside and outside national borders, between the poor and the rich, North and South. Where politics turns a blind eye it is the forces of nature that open up the Pandora's box of the failure of the global market: Katrina was a traumatic confirmation of this pessimistic diagnosis.

When seen under the microscope, the very novelties of post-Fordism (creativity, teamwork, the centrality of knowledge, employee autonomy) turn out to be a mystification: as the French say, it is only a *merchandisation de la différence et de la créativité* [61]. According to this negative vision of post-Fordism, the new autonomy introduced by the post-Fordist model was used for the sole purpose of increasing company control not only of a worker's body (as Taylorism did) but also of his intelligence, emotions and private life. An example is a company's power, thanks to modern technology, to control and exercise authority in places other than the traditional workplace (e.g. through telework). Post-Fordism has thus geared the creativity, intelligence and knowledge of

[61] L. Boltaski- E. Chiapello 1999; P. Veltz 2000.

the new generation of workers to market consumerism. Those who would appear to be the winners in this new way of working (the creative, knowledge workers) are not only an absolute minority but are under an optical illusion: the greater material benefits deriving from higher salaries never compensate for the stress, insecurity and growing instability. The failure of the net economy and dot.com companies are the most significant empirical evidence of this.

4.2.1. … The consequences for labour law

The consequences for the regulation of labour can be logically inferred. Given the sociological premises, there appears to be no reason for a profound restructuring of the scientific paradigm of labour law based on the protection of standard rights. At most ordinary maintenance operations are sufficient, above all its extension beyond the traditional circle of the subject being protected – the so-called standard worker.

According to this thesis, the mistake made by the supporters of change is that of identifying the traditional labour law paradigm and its traditional regulatory and protection mechanisms with a historic form of labour – Fordist labour. The task of labour law scholars today is, on the contrary, to tear down the ideological veil of flexibility[62]. Even the idea of a third way of regulating labour – a trade-off between flexibility and protection, flexibility and security, mild flexibility – is a vain, albeit noble, illusion. The typical function of labour law – protection of the standard rights of contractually weak subjects – is thus placed in a universal, almost ontological dimension. The reformist DNA of labour law only has to evolve and adapt to the new conditions of labour and exploitation; there is no need for a revolution. In this adjustment labour law scholars, at a national or supranational (European) level, should play a highly political role as counsellors of the "illuminated prince," that is, pro-labour governments or trade union leaders[63]. The bearing structures of national legal systems and the tools traditionally used to carry out this function remain basically unchanged; they should, on the contrary, be strenuously defended against the assault of market globalisation[64]. In short, the broad community of labour law scholars - who hold aloft the banner

---

[62] The most outstanding representative of this approach in Italy is L. Mariucci 2005. See also C. Vigneau 2003. At an international level many scholars of the INTELL network who are inspired by Critical Legal Studies: see J. Conaghan - R. M. Fischl - K. Klare 2002.

[63] B. Bercusson 2000.

[64] These tools are:

• State legislation to protect standard social rights, considered as a primary, hierarchically superior source in that it directly implements the principles of social rights enshrined in the various national constitutions. No, or very limited, concessions (regulation of certain aspects of the labour market) are to be made to the social competencies of sources at a sub-state level: federalism is considered to be harmful to social cohesion and territorial solidarity. Supranational regulation at a European level (both legal and jurisprudential in nature) is viewed with suspicion in extreme cases (the Trojan horse of market deregulation); or it is attributed a purely instrumental role, to be invoked only as a possible limit to deregulation policies pursued by national legislators (see, in the European legal system, the non-regression clause affair) or when more favourable to national regulation. Soft law regulation is identified, tout court, with deregulation. The individual contract is viewed as belonging to soft law.

• State Court jurisdiction (specialised judges) conserving their special role in protecting traditional rights and even creating new ones; a secondary deflationary role is thus assigned to private jurisdiction and mediation, under the strict control of the trade unions.

• Procedural structures to afford better, differentiated protection to the weaker party – the worker (in relation to costs, burden of proof, swiftness of proceedings, enforceability of rulings in favour of workers) – should be maintained and solicited where inexistent.

• Protective and distributive national welfare mechanisms are to be strenuously defended; at most, any reforms should envisage a minimum guaranteed salary to afford protection against the spreading phenomenon of unemployment and the working poor and new welfare provisions.

of tradition - view with favour the trend towards re-nationalisation of labour law systems and the production of regulation by the state or regulatory subjects operating at that level. This is what is happening in Europe today, at a time when the prospect (or, for some traditional Eurosceptics, the illusion) of a federal European social state created in the image and likeness of the traditional national social state, seems to be fading.

4.3. The third approach: dialectic without synthesis. The perception of reality: continuity and innovation in labour law

It must be stated immediately that the two antithetical approaches outlined above are an epistemological trap. Labour law is, in fact, the best place for continuity and innovation[65] to coexist in a dialectic which does not necessarily require neurotic syntheses. Labour law is the sector of juridical experience that is most suitable for a pluralistic, pragmatic, non-ideological approach.

It is possible, in the current processes of evolution, to identify apparently contradictory phenomena that do not necessarily require the synthesis of a well-defined plan to re-found the paradigm, possibly inspired by a political platform (a sort of third top-down intervention). As far as method is concerned, the most appropriate one would seem to be a series of sequential, adaptive responses that take account of the fact that law today is not only becoming complicated and uncertain but also complex, by which I mean the multiplicity of codes of interaction and approaches based on different types of logic, not only linear but also recursive, multi-causal and circular[66].

More than any other lawyer in the era of globalisation, the labour law scholar has to value the logic of what is reasonable or proportional alongside, rather than instead of, what is, linear, inferential, or merely binary, logic. He has to have access to the tools used by hermeneutics and the theory of argumentation[67]. Just as the old and new dichotomies (legal formalism and politicism; *ius naturale* and legal positivism; subjectivism and objectivism; hierarchy and circularity; monism and pluralism; *ius cogens* and *ius dispositivum*, etc.) seem to be unstable in the general theory of law, so is it necessary, in labour law, to rediscover the logical pleasure of the third man excluded by simple binary logic.

The theoretical limit of the approaches mentioned above – the revolutionary "everything must change" and the conservative "plus ça change" approach – is, in fact, a certain unilateralism. As mentioned previously, however, the solution is not an "*ex machina*" third way that rejects the other two only to find a new one, or a blend or hybrid of them. The third way should rather be seen as a dimension that gradually emerges from the very field in which the dialectic of contraries takes place. What Ost and Van de Kerchove have defined as the "dialectic without synthesis" of the paradigm of a critical legal science, also can apply to labour law[68]. It is a third way that is not relativistic or affected by political or methodological opportunism, but which, addressing the

---

• A significant role, but subordinate to state law, is assigned to national collective bargaining. Even more limited is the role of decentralised bargaining, which can only operate within the spaces and limits allowed by the national contract for the worker category involved.

[65] See the intellectual legacy of the essay by O. Kahn Freund 1979

[66] G. Teubner 1997a; J. Paterson - G. Teubner 1998.

[67] C. Perelman 1976.

[68] F. Ost – M. van de Kerchove 2002.

paradigm in a Kuhnian fashion, starts to measure itself progressively with the past, with a new ontology, a new method and a new ethic.

To clarify this we can take as an example two directions, or paths of investigation, to which some thought has been devoted in the last few years, although the conclusions reached up to now are still provisional.

The two directions are part of a reconsideration of the theory of labour law sources: the first concerns the relationship between social regulation and the territory, along with the connected issue of federalism; the second concerns the issue of the regulatory consistency of the various sources and their effectiveness as regards the various regulatory techniques they presuppose: the choice between hard and soft sources of regulation.

III

5. The winding dialectic paths of labour regulation

5.1. Regulation and territory: the issue of supra- and sub-national federalism. Vertical subsidiarity

The first direction is that of the relationship between labour law regulation and the territory. The traditional labour law paradigm, especially in Europe, refers to a number of sources which are mainly endogenous to national territory and privilege the State level. In a global dimension, this can be seen as "relative or limited pluralism"[69]. Any alternative among national sources is confined to that between state laws and national collective agreements, which are basically considered as being of equal status, given the various national mechanisms for extension *erga omnes* of such contracts[70]. However, with a few exceptions in Northern Europe, the law generally enjoys hierarchical prevalence. It is a relative pluralism because it denies, or is extremely reluctant to accept, sub-national (regional) or supranational (e.g. European) regulation. In other terms, in the traditional structure of labour law sources, above all in the experience of Continental Europe, a written constitution, state law or a functional equivalent (the collective agreement with *erga omnes* effect), were considered the main vehicles of social regulation, the space left to supranational, and even more so infranational, sources being limited.

The same diffidence is shown towards the decentralisation of collective agreements or its opposite – supranational centralisation.

The binary opposition between the central national level of social regulation and the sub-national or supranational level, is hardly sustainable today, given the objective multilayer features of social regulation. In reality, the national, supranational and sub-national levels are not only not mutually exclusive but interact with each other. The multilayer dimension of regulation, in which the local and supranational levels are granted the same status as the national level, was not invented by the supporters of deregulation: it is the result of increasing regulatory interference by several competing actors (states, supranational institutions, regions and local authorities, regulatory agencies at various levels, companies, etc.) who stake their claims to a leading role. "Glolocal" is

[69] G. Teubner 1997b.

[70] R. Rebhahn 2003; D. Schiek 2005; B. Caruso forthcoming I.

not a tongue twister or a buzz word: it is an objective statement of the multilayer effects of strategically rational allocation decisions.

A company's decision to relocate, for example, not only affects the actual place of production, leading to collective dismissals and processes of reorganisation (including that of trade union representation), but also the local or regional labour market, at least in terms of its effects on employment and other social effects such as town planning, the architectural features of a territory, and the organisation of social life. It has repercussions on the institutional and political strategies of local administration; it involves government strategies and those of social actors at a regional and national level; it has regulatory effects at a supranational level (see the Renault and Hoover cases in Europe or Rush Portuguesa and the posted worker directive). Finally, it has economic and social effects in the places to which the company has relocated. Interesting studies have been carried out into the social impact on local communities, workplace rules and the territory of the global managerial style and culture of western companies setting up in China, leading to changes in labour law regulations or, where absent, an objective need for them[71] . A case studied in the USA, the trade dispute in the Cutfish industry[72], highlights the multilayer effects of global policies and trade rules, as well as the regulatory dilemma and conflicts of loyalty facing scholars ideologically oriented towards critical legal studies.

The complex effects of global trade strategies and company relocation decisions often lead to social regulation that features an equal degree of complexity and interaction. Social regulation is inevitably multilayer as well.

Faced with this trend, labour law experts in accordance with the two cultural trends they favour, can either oppose it ideologically or take it on board, undergoing the consequences passively or proposing a total upheaval of the traditional paradigm.

There is, however, the odd man out in the binary trap: the attempt to find a social rationale for the various layers of regulation by working on the interspaces, nodes and hinges between the various layers, and if necessary rethinking the theory of regulatory sources, starting to consider a labour law based on procedures and not only rights. A procedural approach to labour law, based on rules and complex procedures rather than subjective rights, is today as important as the substantive traditional one. More: today, rights tend to present themselves more as a procedural machinery aiming at a result, quite often driven by the Courts, than as a subjective status[73].

Faced with three competing dimensions of regulation, which in Europe means supranational, national and sub-national (although a global transnational dimension also seems to be emerging from the codes of conduct of multinationals and transnational collective agreements), the problem is not that of rejecting one in favour of another or accepting all of them as an inevitable result of globalisation; it is starting to see the interaction between these levels as a rational interactive system for politically aware regulation strategies. In this perspective, it is not even a case of listing the social competencies and marking out the precise, rigid boundaries separating the various levels of regulation.

---

[71] X. Lu and J. Perry (eds) 1998; A. Chan 2004; CH. Lee 2006.

[72] D. Danielsen - K. Klare (2003).

[73] A. Lyon Caen 2002; B Hepple 2002.

The issue raised by multilayer regulation, where problems of governance extend beyond the national territory, is how to deal with procedural mechanisms favouring cooperation and collaboration between the various actors (European institutions, national governments, local and regional authorities, public and semi-public agencies, the social partners) in such a way as to identify the level that is socially most appropriate in each circumstance. In the debate on the European legal system this has been defined as the dynamic concept of vertical subsidiarity[74].

Of course, a system with multiple interactive layers of regulation needs compensation valves: as physics teaches us, any apparatus subject to pressure will explode unless it is equipped with a safety valve. This also applies to social physics. Today labour law and labour law scholars should not only concentrate on the conductors but also on the valves that give fluidity to the nodes, connections and reciprocal interferences between autonomous multilayer regulatory systems. Let us take as an example: the social procedural clauses inserted in the new Italian constitution in order to drive the new federal form of State (Art. 117 letter m, new Italian Constitution). According to this formula the State still has to guarantee essential performance levels concerning civil and social rights throughout the national territory, while the regions are allowed to differentiate both the levels themselves and the ways in which they are guaranteed. The model adopted is thus one of cooperative, non-competitive federalism, entrusting the State and the Constitutional Court with the role of monitoring any possibility of regulatory differentiation turning into inequality; this end is pursued by means of a procedural formula aiming at safeguarding nationwide social cohesion[75].

The same applies in the European supranational dimension: the need for formal ratification of the Nice Charter does not only respond to an abstract rationale of institutional engineering or a purely formal need to balance the values of competition and the free market which for some time now have been constitutionalised in treaties along with social values. It is the premise to prevent the procedural mechanisms of multilayer regulation (peer review, benchmarking, the OMC) which allow European institutions to set social objectives, leaving Member states free to adopt differentiated social policies and regulations, from following the drift of competitive federalism and producing phenomena of social dumping.

Hence the awareness, unfortunately still confined to a political and intellectual elite and not as yet the domain of the vaster European public opinion – as the French and Dutch referendums have shown – of the need for strong reference values, enshrined in substantial universal norms (a European Constitution) that govern and give sense to the mesh, or labyrinth, of interconnected procedures.

5.1.2 The regulation of bargaining and the workplace: centralisation/decentralisation as a false alternative

The same applies to collective bargaining, a source of regulation that traditionally has an almost physical, carnal, relationship with the workplace and the territory. Here again, the drastic alternative between national centralisation and territorial or company-level decentralisation is no

---

[74] B. Caruso 2004.

[75] The function of the formula has been likened to the German *konkurrierende Gesetzgebung* or the *Supremacy Clause* in the US federal system.

longer the case, just as the cut-and-dried divide between national decentralisation and supranational centralisation is no longer applicable to Europe.

As regards decentralisation in national bargaining systems in Europe, a widespread trend is the assignment of new functions to decentralised collective bargaining, as opposed to its traditional role in redistributing income and the control of work. For example, responsibility for handling company crises, the reorganisation of enterprise by means of company branch transfer, or granting derogations from the standard treatment provided for by national contracts in order to save jobs, or partnership governance of local labour and development markets (territorial social pacts), or rationalisation of the treatment of all those who are involved in a network of enterprises – standard workers, suppliers and the self-employed[76].

This broadening of the role of decentralised bargaining can be seen, in the binary alternative, as either detrimental to the uniform, standard regulatory function of the national contract, or as a necessary adjustment by collective bargaining to the needs of competitiveness, by virtue of the inevitable shift of power in favour of enterprise. Empirical experience of the evolution of national bargaining structures shows that this alternative is a trap. Once again the third man rule holds.

Recent research into the evolution of bargaining system structures in Europe[77] reveals reciprocal interaction between much more complex levels than was the case in the past; the social partners are identifying new territorial and company levels of regulation (territorial districts, regions, company groups and networks). It also demonstrates the insufficiency of the criteria traditionally used to regulate competition and conflict between different bargaining levels (the hierarchical, favour, or chronological principles) and the need to introduce new, more complex ones.

For example, the territorial or company-level "opening clauses works agreements" in Germany or the non-standard salary clauses in Spain, are none other than procedural mechanisms to legitimise differences in pay with respect to national standards.

In the two cultural alternatives mentioned previously, this type of clause can be seen:

a) as heralding the demise of the equalising function of the national agreement, its values and usefulness (not only solidarity between workers in the same country, but also regulated competition between companies in the same national territory).

b) or as the only way for collective bargaining, along with the trade unions, or even better directly with workers' representatives, to adjust functionally to the new models of corporate governance in enterprise and local markets facing the challenge of global competition.

These mechanisms, not to mention others such as procedures for the national coordination of decentralised bargaining (e.g. the 1993 protocol in Italy), could be seen as the "third element" excluded by binary logic. In activating procedural control mechanisms, assigned for example to unions or national commissions set up to weigh long- and medium-term costs and benefits, they introduce a procedural logic in which the balancing of interests is not a once and for all given, but

---

[76] B. Caruso 2002; M. L. Morin 2005; A. Supiot 2001.

[77] See the general report on research into European contractual systems by S. Sciarra 2005 and the national reports: http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

is measured in relation to the social acceptability of achieving any specific objective being pursued.

To go back to the previous example, derogation clauses are only legitimate if they introduce pay differences that are tolerable and compatible with other measurable social objectives: the defence of existing jobs or, as with company training contracts in Italy, the creation of new ones. In other terms, it is the law itself or collective bargaining that assigns the unions the task of establishing and governing by means of procedural norms the historically adequate point of balance between conflicting interests and rights, the legitimacy of which is measured *ex post* depending on the achievement of a compensatory social objective.

This scheme of legitimisation of regulatory differentiation via bargaining is obviously much more sophisticated and complex than the one proposed by the two dialectical alternatives.

As regards the relationship between national and supranational contract regulation, once again they are not mutually exclusive: the European contract has to replace or flank the national contract to strengthen its equalising function at a European level, or it will end up by just duplicating the national contract, the inevitable consequence being inefficient allocation.

Here again the facts show the possibility of a third element. The spread in the last few years of European sector-level bargaining, as well as the experience of bargaining by European Works Councils, shows that there is a supranational area allowing for functional coordination and mutual interaction between different levels that leads to neither an artificial overlapping nor a mutual rejection of levels, but rather to an improvement in the efficiency of national bargaining systems and the regulation of issues that are better solved by higher-level framework regulation.

5.2. The forms and techniques of regulation: old governance vs. new governance; the classical Community method vs. the OMC; hard vs. soft law

The same apparently antithetical dualism applies to the second direction of the argument: the structure and consistency of the various sources. It is a highly topical issue in Europe today and again concerns the relationship between the sources (and thus the theory of sources) but not in connection with the traditional reference to the territorial space in which each of them operates, as was the case previously, but rather their "anatomical consistency." The reference is to the alternative between hard and soft law in the regulation of a series of significant social issues; an alternative that, in the current debate, goes beyond the question of legal sources to embrace more general issues of governance.

Issues such as training, antidiscrimination policies, working time, flexibility and health and safety have been regulated at a European level both by recourse to classical regulatory techniques (hard law, the classical Community method) and by means of techniques that present features of hybridisation between classical methods and more recently coined methods or techniques (various types of soft law, social dialogue, the OMC)[78].

In their formal structure, the so-called "social" directives (e.g. concerning flexible part-time work and fixed-term contracts) thus named because they are the result of union agreements belong to the classical Community method and so should have hard regulatory effects (legislative

[78] J. Scott - D. M. Trubek 2003.

harmonisation); but they possess a lower regulatory content than classical ones. Some contain norms that instead of obliging states to align themselves with principles or precepts regulating behaviour, confine themselves to suggesting and advocating state regulation policies that are uniform in purpose (moral suasion).

Other models of directives, (such as the working time and EWC directives) granting broad powers of derogation not only from state laws but also from national collective bargaining and individual contracts end up by tolerating great national differentiation with respect to European standards. They constitute awareness that uniform regulation of an issue such as working time for example, is not possible in a reality of profound change and differentiation (by sector, geographical area, type of job, organisation of work) that will not tolerate uniform regulation but only uniform principles[79] .

As regards non-discrimination policies, the ultimate aim is indistinctly pursued by means of classical directives and the European Employment Strategy which makes wide use of the OMC.

Recourse in social regulation to tools other than classical ones introduces a series of general dualisms that, as mentioned previously, do not only concern the sources but also the models of governance; dualisms that are starting to be given conceptual clarification: the dualism between old and new governance; between the OMC and the classical Community method, and between hard and soft law.

Faced with this emerging reality, scholars tend to split into two opposing factions, especially with reference to the impact of these new models of regulation on the protection of social rights[80].

Some scholars are of the opinion that not only can the new governance and the new regulatory techniques be used to achieve convergence between systems and overcome the restrictions of social competencies in the EU, but that they can also be considered as an alternative to the jurisdiction of the European Court of Justice to make the social rights of the Nice Charter effective[81]. In the opinion of others, these new forms of governance are a Trojan horse concealing an attempt at re-nationalisation of European social policies, a destructuring and neo-liberal re-interpretation of social rights, subordinate to the requirements of politics and the market[82].

Here again it is possible to identify a way of escape from the trap of binary alternatives or unsolvable dualisms.

Once again, if we view reality without ideological infrastructures or preconceptions, it proves to be much more complex than these drastic alternatives make out, and the third element emerges in a mutual, circular interaction between the different techniques and models of governance.

It is, in fact, legitimate to ask whether the techniques and regulatory methods of the old and new governance are so very antithetical.

---

[79] G.C. Ricci 2005; see above § 3.1.

[80] M. Barbera – B. Caruso, forthcoming.

[81] N. Bernard 2003; see also S. Regent 2003; more problematic is the approach of G. de Burca 2003.

[82] A. Andronico - A. Lo Faro 2005.

Current reconsideration of the relationship between them tends, in fact, to highlight their interconnections, their points of juncture, their mutual completion and transformation, rather than a relationship of mutual exclusion, of alternatives.

The examples given above show that these are phenomena of juxtaposition and hybridisation between different regulatory techniques and methods; in this case the end product is a "third" result that loses the features of the original components.

In recent analyses the hybridisation between old and new governance, that is, a relationship of connection and interaction, is further clarified and referred to concrete experience in Europe and the USA as regards not only social but also welfare and environmental policies and relationships once regulated only by contract law and the principles of civil responsibility[83].

According to these analyses, the connections between hard and soft law, between classical regulatory strategies and new methods, have given rise to a relationship of complementarity (e.g. in issues of non-discrimination and training[84]) and reciprocal transformation, that is, hybridisation in the strict sense. A new and original regulatory technique, therefore, which also provides a particular blend of juridical modules typical of private law (the contract, self-regulation by private individuals) and public law (the law, administrative regulation).

The theory of hybridization in the strict sense also allows consideration of the functional types of relationship between hard and soft law that recall analytical models used by labor law scholars, above all in Italy, who as early as the last decades of the 20th century addressed the issue of the pluralism of sources in the state legal system, in particular the relationships between the law and the collective agreement.

The wealth of analysis of the various modules of interaction between the law and collective agreements [85] in the state legal system – which is the cultural heritage of Continental European labor lawyers – can be transferred to study of the relationship between hard and soft law in a European context[86].

In this process of osmosis and interaction, the two types of tool, hard and soft, are brought into contact and in a way change their original features, giving rise to a third regulatory result, a hybrid. This is perhaps the element of originality in this approach.

While this is nothing new as regards the already investigated modules of interaction between the law and the collective contract, except for the fact that they are enriched and become more complicated, what changes as compared with the traditional approach of Continental European labor

---

[83] The authors cited in note 20.

[84] C. Kilpatrick 2003.

[85] The binary opposition between the view that the collective contract only has the limited task of improving legal standards, or adapting the law more flexibly, possibly by exploiting the greater social consensus it enjoys, and the equal and contrary hypothesis (the collective contract at all levels and with no limits on contents is allowed to derogate from legal standards) has been overcome by the complex reality of differentiated modules of reciprocal integration.

[86] In the perspective of hybridization, hard law can be integrated with soft tools for purposes of legitimate differentiation, adaptation or specification of forms of treatment, binding the latter to respect certain parameters according to the typically reflexive approach; the tools of soft law can deal with solving problems or improving standards, whereas hard law deals with guaranteeing minimum thresholds for fundamental rights and other issues.

law scholars is the regulations interacting with the law are no longer confined to the collective agreement but become more numerous and sophisticated.

That is to say that the range of regulatory tools interacting with the law is widened and considerably differentiated: some are of relatively slight juridical significance; others operate within a "law-like" regulatory structure, even though they are distinct from the law in the classical sense.

The labor law scholar traditionally addressing the crucial and mutable issue of the relationship between sources, between models of regulation and the protection of rights and interests in employment relationships, and nowadays in the labor market, thus faces a stimulating analytical horizon.

6. From values to techniques and levels of regulation, then back to values: the need for a new theory of social justice at a transational level.

On the plane of regulatory techniques it is thus possible to abandon the mechanically binary approach between old and new governance, between traditional and new regulatory techniques. The conceptual approach based on complementarity, or better, reciprocal transformation (hybridization) provides an escape route. It is evidence of the positive application of the third way dialectic to the sources, tools and techniques of regulation.

It is, however, legitimate to wonder whether, having reached this point, the labor law scholars who adopts the comparative method not merely for its cognitive function but also to query the validity of traditional values in a transnational rather than national context, can feel a sense of satisfaction.

It is, in fact, probable that the concept of hybridization only takes us halfway, providing an escape route from false alternatives as regards regulatory techniques, but requiring a further distance to be covered to complete the circuit.

One should ask whether it is culturally legitimate to renew the language of the global labour law community merely by addressing the renewal of regulatory techniques, without a parallel renewal of the language of values and rights.

Would neglecting this connection not lead to a new, albeit more evolved and modern, type of formalism and juridical positivism?

It is therefore probable that labour law scholars need to equip themselves with a solid theory of social justice in order to complete the other half of the circuit, the one which leads to the legitimization and affirmation of rights as well as of regulatory techniques.

If we exclude the procedural issue of enlarged participation and the plurality of the subjects involved (deliberative democracy), the regulatory models proposed by the theorists of the new governance, are basically confined to proposing new tools, excluding from their epistemic sphere the purposes of regulation; they look for the best techniques to achieve their aims (mainly effectiveness/efficiency), but do not address the actual contents, thus running the risk of neutralizing the new tools (policies and legal techniques) from the purposes (rights), the end result being an artificial separation between techniques and the policies they intend to implement on the one hand, and the social rights to be safeguarded on the other. A clear example of this effect is given by the European Employment Strategy, where the employment policies adopted by the states

and the method used to pursue them (the OMC) has been artificially separated from social policies and thus from rights. This risk of separation between techniques and rights emerges, for example, from the grounds of judgments passed by the European Court of Justice (e.g. the Mangold and Wippel cases).

The risk is also to be found in the structure of the European Constitution still awaiting ratification: thanks to horizontal clauses, Part II of the European Charter of Fundamental Rights is subordinate to Part III which concerns policies and competencies. By means of the technical mechanism of competencies, European legislators have thus neutralized state policies concerning universally declared social rights. According to this scheme it would in theory be possible in Europe for the various Member States to implement labour policies that derogate from any constraint to subordinate them to the social rights enshrined in the Constitution.

This undermines a basic assumption of classical constitutionalism: the supremacy of rights over policies.

There is also a second risk that may derive from neglecting the connection between the new techniques and a new theory of social justice.

Insofar as the regulatory techniques of the new governance remain disconnected from an equally new attitude to the structure and function of social rights, their role is confined in the best hypothesis to that of complementing traditional techniques, aiming at safeguarding traditional rights.

If the new techniques are merely to contribute towards the pursuance of traditional social rights, the acquisition and distribution of income, means and opportunities, why should they be added or even preferred to the more consolidated techniques of hard law? Who is prepared to bet that the new techniques are more stable and efficient in their effectiveness than, for example, the declaration of legal rights by the Courts?

At this point the many who still cling to the traditional labor law paradigm and shrug off the OMC would appear to be right.

These risks can be avoided if the transformation in regulatory methods is addressed together with a similar, thorough reconsideration of social rights, with reference to their nature, structure and function. They can be avoided if the material and formal rationality of law is in some way recomposed.

This can be achieved by adopting a theory of social justice that is capable of metabolizing into its paradigm and articulation the changes occurring not only in regulatory techniques but also, and above all, in the contents of regulation.

The classical techniques of labour law – in Continental Europe inderogable legal norms and acquisitive collective bargaining provisions implementing a particular principle of public social order – had in their DNA a certain vision of social justice: a merely distributive and welfare-oriented vision of equality as a package of benefits, opportunities, means and utilities to be constantly enhanced through economic development and equally distributed between classes and individuals.

In this view the central role in both regulation and identification of its contents was taken by the great national political actors: the state, governments and intermediate articulations, basically the major political parties and the trade unions.

Hard regulatory policies and techniques seemed to be fully complementary: politics, in the form of both parliamentary activity and economic policy, and trade union bargaining were entrusted with the task of enhancing the package of benefits; to the law, in the form of binding juridical rules, the task of attributing and distributing them; to fundamental rights and the courts the task of preventing a political drift towards deregulation.

Today the attributes of the new governance of widespread participation, decentralization, differentiation, pluralism of actors, experimentalism, soft regulation etc. can only be justified by a new vision of the paradigm of fundamental social rights.

A vision that is not confined to a distributive, welfare-oriented outlook but that adds something else: it entertains a new vision of equality and freedom. An outlook that places at the core of the construction of second-generation rights and reconsideration of traditional rights, the language of individual capabilities and tailors regulation, obviously more articulated and sophisticated than before, to requirements of personal freedom and effective choice.

Far from being an abstract theory, this may have practical effects, for example considering social rights such as the right to training opportunities[87], which addresses the issue of the social accountability of enterprise, which leads to reconsideration of the contents of collective bargaining regarding working hours and reconciling them with family and social commitments as well as policies concerning placement and the enhancement of professional skills, which provides a stronger foundation for the link between flexibility and security, and finally which gives a more explicit and less evanescent character to discourse regarding the quality, rather than merely increasing the quantity, of work[88]. It is a paradigm that proposes with great strength the universality of the individual's right to a decent, well-paid, satisfying job, in a global juridical dimension that embraces local territorial areas and the varied normative materials of regulation.

By virtue of the attention it pays to the various interconnected factors of conversion of functions into capabilities, including the law and social regulation, in which the law reaches far beyond the limited task of controlling political rationality or adjusting market asymmetries; its active, effective concept of freedom; its finalistic person-oriented vision; by virtue of all this and other aspects still to be studied and further investigated, the language of capabilities allows the traditional task of the law to be enlarged, to "include" within its jurisdiction and language new regulatory techniques, even the soft ones which share borders with politics, without the need to exclude the traditional hard techniques, in a vision of real integration and not mere juxtaposition.

Insofar as the language of rights metabolizes (but does not identify with) the language of capabilities, therefore, its techniques and tools assume a pragmatic, non-ideological, even experimental, dimension.

---

[87] I tried to express this position in my address to the national conference of the Italian Labor Law Association, Cagliari June 2006, B. Caruso, forthcoming II.

[88] M. Freedland – N. Countouris 2005.

This new interpretation makes it possible to consider rights not only in the formal dimension of the constitution but also as concretely and pragmatically situated in the various territories and pursued with (old and new) tools and techniques alongside politics.

It may make it possible to provide a basis for renewal of the language of both politics and rights, the language of means and ends, to create a single language that has at its core the individual, the person.

It is only a start: a promising one, but still only at an early stage.

7. Conclusions

This essay is clearly open and states no foregone conclusions. The aim was merely to point out that in an era of great change the global community of labour law scholars is faced with far-reaching intellectual choices regarding the basic ontology, method and ethics of the discipline. The great generation of labor law scholars who preceded us, that of B. Aaron, G. Giugni and Lord Wedderburn to name but a few, opened up the way towards rethinking and renewing the discipline, providing a secure, solid basis of cultural, scientific and political values. Their privileged point of observation, despite their masterly use of the comparative method, remained that of national labour law. Whole generations of labour law scholars were brought up on these certainties.

Today we need to have the same courage and broadmindedness as that great generation in facing up to change the complexity of which is proportional to the uncertainties it generates in the global juridical and political dimension. This increases the burden of responsibility for those who intend to tackle this complexity and pursue realistic projects for change on a scale that transcends national boundaries. It is a challenge that must be accepted; the remaining doubt is whether we have enough strength and capacity to cope with it, both in absolute terms and in comparison with the greatness of that generation.

This is, however, a contribution that European labour law scholars are forced to make with a view to constructing a supranational system capable of reconnecting in a systematic order oddly savoring of past times, a European *ius commune* and the *iura propria* of the nation states; an order founded upon a new concept and a broader dimension of social citizenship, that can serve as a point of reference for global governance bases on respect for personal dignity and freedom.

8. Bibliography

Adinolfi A. (1994), *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* Riv. It. Dir. Pub. Com., 521-578.

Ales E., T. Engblom, Jaspers T., Laulom S., Sciarra S., Sobczak A., Valdés Dal-Ré F., (2006) *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Final Report, European Commission, DG Emplyment Social Affairs and Equal Opportunities, Unit D2.

Andronico A. –Lo Faro A. (2005), *Defining problems: the open method of coordination, fundamental rights and the theory of governance*, in S. Deakin – O. De Schutter (editors), *Social rights and market forces: is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruylant, Bruxelles

Arrowsmith J. – Marginson P. (2006), *The European Cross-border Dimension to Collective Bargaining in Multinational Companies,* Eur. Journ. Ind. Rel., 12:3, 245-266.

Ascarelli T. (1952), *Studi di diritto comparato e in tema di comparazione,* Giuffrè, Milano.

Bakker R. (1993), *Europeanization of Law and Lawyers vs. National Provincialism in Legal Education,* in B.S. Jackson and D. Mc Goldrick (eds), *Legal Visions of the New Europe,* London.

Barbera M. – Caruso B. di prossima pubblicazione, *The contribution of Italian labour law scholarship to the theories on European integration,* paper J. Monnet WP, NYU.

Barnard C. - Deakin S. – Hobbs R. (2003), *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,* 32:4, 223-252.

Bercusson B. (2000), *The Etuc and the European Court of Justice,* Transfer, 2:4, 720-725.

Bernard B. (2003), *A 'New Governance' Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU,* in *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights - A legal Perspective,* edited by T. K. Hervey and J. Kenner, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon.

Beynon H. - Nichols T. (eds), (2006), *Patterns of Work in the Post Fordist Era. Fordism and post fordism,* Edward Elgar Publishing, Ltd.

Biagi M. (2003), *Marco Biagi. Un giurista progettuale, Scritti scelti*, a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi, T. Treu, Milano, Giuffrè

Boltaski L. - Chiapello E., *Le nouvel esprit du capitalisme,* Gallimard, Paris.

Caruso B. (2002), *Decentralised Social Pacts, Trade Unions and Collective Bargaining (How Labour Law is Changing),* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT,2/2002 http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso_n2-2002int.pdf

Caruso B. (2004), *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello),* in ADL, 3, 801-865.

Caruso B. (2006), *La contaminazione tra linguaggio della politica e linguaggio dei diritti nel Metodo aperto di coordinamento"* paper presentato al convegno "*Governare il lavoro e il welfare attraverso la democrazia deliberativa"* Roma CNEL, 9-10 ottobre 2006

Caruso B. di prossima pubblicazione I, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa,* Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.

Caruso B. di prossima pubblicazione II, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro,* Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.

Chan A. (2004), *Some Hope for Optimism for Chinese Labor,* New Labor Forum, 13:3, 67-75.

Collins H. (1997), *The Productive Disintegration of Labour Law,* 26:1, 295-310

Collins H. (2000) *Justification and techniques of legal regulation of the employment relation,* in H. Collins, P. Davies, R. Rideout (editors), *Legal Regulation of Employment Relations,* W.G. Hart Legal Workshop Series, Kluwer London.

Collins H. (2001), *Regulation the Employment Relation for Competitiveness,* Ind. Law Jour., 30:1, 17-47.

Conaghan J. - Fischl R. M. - Klare K. (2002) editors, *Labour Law in an Era of Globalisation, Transformative Practices & Possibilities,* Oxford, University, Press.

Cooke W. N. (2005), *Exercising power in a prisoner's dilemma: transnational collective bargaining in an era of corporate globalisation?* Ind. Rel. Journ., 36:4, 283–302.

Danielsen D. – Klare K. (2003), *Trade, Labor & Catfish: A Case Study,* Paper prepared for PH D Seminar, University of Catania.

D'Antona M. (2000), *Sistema giuridico comunitario*, ora in Opere, I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), Giuffrè Milano.

Deakin S. (2000), *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism Versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics Perspective*

on Centros, in The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, v. 2, 1999, edited by A. Dashwood, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon.

De Búrca G. (2003), *The constitutional challenge of new governance in the European Union,* E.L. Rev., 28, 814-839

Dehousse R. (1994), *Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis,* Amer. Journ. Comp. Law, 42:1, 761-781.

Dickens L. (2004), *Problems of Fit: Changing Employment and Labour Regulation,* Brit. Journ. Ind. Rel., 42:4, 595-616.

Epstein R.A. (1995), *Simple Rules for a Complex Word*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Epstein R.A. (1985), *In defence of the contract at will,* in *Labor Law and the Employment market, Foundation and application,* edited by R. A. Epstein and J. Paul, Transaction Book, New Brunswick,

Ferrarese M.R. (2002), *Il diritto al presente,* il Mulino, Bologna.

Ferrarese M.R. (2006), *Diritto sconfinato, Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale,* Laterza, Bari.

Fisk C. L. (2005), K*nowledge Work: New Metaphors for the New Economy,* Chig. Kent Law Review, v. 80, 839-872.

Freedland M., Countouris N. (2005), *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa,* Giorn. Dir. Rel. Ind., 108, 557 - 592.

Lo Faro A. (2002), *Fairness at work? The Italian White Paper on Labour Market Reform,* Ind. Law Journ., pp. 190-198.

Gorla G. (1964), *Diritto comparato*, Enc. Dir., v. XII, Giuffrè, Milano.

Gorz A. (2003), *L'immatériel. Connaissance, valeur et capital,* èdition Galilée, Paris.

Graziadei M. (1999), *Il diritto comparator, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuriche,* Riv. Crit. Dir. Priv., 337-351.

Howes V. (2003), *Health and Safety Regulatory Framework – A comparative Perspective,* Int. Journ. Comp. Lab. Ind. Rel., Spring, 85-107

Jemmaud A. (2001), *Lessons from Some Secondary Areas of Dialogue,* in *Labour Law in the Courts Part I Preliminary remarks,* edited by S. Sciarra, Hart Publication, Oxford- Portland Oregon

Kahn-Freund O. (1974), *On uses and misuses of comparative law,* Mod. Law Rev., 37:1, 1-27.

Kahn-Freund O. (1976), *The impact of constitutions on labour law*, Cam. Law Journal, 35:2, 240-271.

Kahn Freund O. (1979), *Labour Relations: heritage and Adjustment,* Oxford, University Press.

Kennedy David (1997), *New Approaches to Comparative Law. Comparativism and International Governance,* Utah L. Rev., 545, 1-56 (lex nexis format).

Kennedy David (2003), *The Method and the Politics,* in Legrand P. – Munday R. (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions,* CUP, Cambridge

Kenner J. (2002), *Eu Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond,* Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon.

Kilpatrick C. (2001), *Gender equality: a Fundamental Dialogue,* in *Labour Law in the Courts,* edited by S. Sciarra, Hart Publication, Oxford- Portland Oregon.

Kilpatrick C. (2003), *New EU Employment governance and Constitutionalism,* in *Governing work and welfare in a new economy: European and American experiments,* edited by J. Zeitlin, D. Trubek, Oxford University Press.

Koopmans T. (1991), *European Public Law: Reality and Prospect,* Public Law, 53-63.

Kumar K. (2004), *From Post industrial to Post Modern Society, New Theories of the Contemporary World,* Blackwell, Oxford.

Hepple B. (2002), *Introduction*, in *Social and labour rights in a global context*, edited by B. Hepple, Cambridge University Press, Cambridge.

Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano.

Ichino P. (2000), *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto,* Mercato concorrenza regole, II:3, 635-649.

Ichino P. (2001) *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, RIDL, I, p. 165 ss.

Lee Chang-Hee (2006), *Recent Industrial Relations Developments in China and Viet Nam: the Transformation of Industrial Relations in East Asian Transition Economies,* Jour. Ind. Rel., 48:3, 415-429.

Legrand P. (1995), *Comparative Legal Studies and Commitment to Theory, Mod. Law Rev.,* 58:2, 262-273.

Legrand P. (2003), *The same and the different,* in Legrand P. – Munday R. (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions,* CUP, Cambridge.

Legrand P. – Munday R. (2003), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions,* CUP, Cambridge.

Lu X. – Perry (editors) (1998), *Danwei: The Changing Chinese Workplace in Historical and Comparative Perspective,* M.E. Sharpe, New York.

Lupoi M. (2001), *Sistemi giuridici comparati,* Edizioni Scientifiche Italiane, Naples.

Lyon Caen A. (2002), *The legal efficacy and significance of fundamental social rights: lessons from the European experience,* in *Social and labour rights in a global context*, edited by B. Hepple, Cambridge University Press, Cambridge.

Marginson P.-Sisson K. (2004), *European integration and industrial relations: Multilevel governance in the making*, Palgrave, Mcmillan-

Markesinis B. (2003), *Comparative Law in the courtroom. The story of the Last Thirty-Five Years,* Hart Publishing, Oxford Portland,

Mariucci L. (2005), *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro,* in *Studi in onore di G. Ghezzi,* II, Cedam, Padova.

Mattei U. – Di Robilant A. (2001), *International style e postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche,* Riv. Crit. Dir. Priv., 19:1, 89-122.

Merton R.K. – Barber E. G. (2006), *The Travels and Adventures of Serendipity,* University Presses of California, Columbia and Princeton, New edition.

Muir-Watt H. (2000), *La function subversive du droit compare, Riv. Int. Droit Comp.,* 52 : 3, 503-528.

Moccia L. (2005), *Comparazione giuridica e Diritto europeo,* Giuffrè, Milano.

Monateri G. (1998), *Comparazione, critica e civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento,* Riv. Crit. Dir. Priv., 16:3, 453-458.

Morin M.L. (2005), *Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprise,* Rev. Int. Trav., 144 :1, pp. 5-30.

Ost F. – van de Kerhove M. (2002), *De la Pyramide au Reseau? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles.

Paterson J.- Teubner G. (1998), *Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis,* Soc. & Leg. Studies, 7:4, 451-486.

Perelman C. (1976), *Logique juridique: nouvelle rhétorique,* Dalloz, Paris.

Rebhahn R. (2003), *Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective (Part I). Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation,* Int. Jour. Comp. Lab. Law Ind. Rel., 19:3, 271-295.

Regent S. (2003), *The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance,* Eur. Law Journ., 9:2, 190-214.

Ricci G. C. (2001), *BECTU: An Unlimited Right to Annual Paid Leave,* Ind. Law Journ., 30:4, 401-408.

Ricci G.C. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano.

Roccella M. (1998), *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto,* Riv. Giur. Lav, 1, 27-40.

Sacco R. (1991), *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law,* Am. Jour. Comp. Law, 39:1, 363-401.

Scarciglia R. (2006), *Introduzione al diritto pubblico comparato,* il Mulino, Bologna.

Schiek D. (2005), *Autonomous Collective Agreements as a Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC,* Ind. Law Jour., 34:1, 23:56.

Sciarra (2001), *Lessons from Some Secondary Areas of Dialogue Part II Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation,* in *Labour Law in the Courts,* edited by S. Sciarra, Hart Publication, Oxford- Portland Oregon

Sciarra. S. (2002a), *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro, Quad. fiorentini,* 31, 427-459.

Sciarra S. (2002b), *Market freedom and fundamental social rights,* in *Social and Labour Rights in a Global context,* edited by B. Hepple, CUP, Cambridge.

Sciarra S. (2005), *The evolving structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004,* http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

Sciarra S. (2006), *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro,* Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 109, 39-69.

Scott J., Trubek D. M. (2003), *Mind the gap: Law and Nw Approaches to Governance in the Europea Union,* ELJ, 8:1, 1-18.

Sennet R. (2006), *Culture of the New Capitalism,* Yale University Press.

Simitis S. (1994), *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,64,* 639-662.

Smismans S. (2003), *Towards a New Community Strategy on Health and Safety at Work? Caught in the Institutional Web if Soft Procedures,* Int. Journ. Comp. Lab. Ind. Rel., Spring, 55-85.

Somma A. (2001), *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e nel diritto comunitario,* Giuffrè, Milano.

Supiot A. (2001), *Beyond Employment*, Oxford University Press.

Supiot A. (2000), *The dogmatic Foundation of the Market, Ind. Law Jour.* 29:4, 321-345.

Stone K. V. W. (2004), *From Widgets to Digits,* Cambridge University Press.

Telljohann V. (2005), *The European Works Councils – a role beyond the EC Directive?* Transfer,1, 81-96.

Teubner G. (1997a), *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy,* Law & Soc. Rev., 31:4, 763-787.

Teubner G. (1997b), *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society,* in *Global Law Without a State,* edited by G. Teubner, Dartmouth, Aldershot.

Teyssié B. (2005), *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe,* Dr. Soc., 11, 982-990.

Toriello F. (2001), *I principi generali del diritto comunitario,* Giuffrè, Milano.

Threlfall M. (2003), *European social integration: Harmonization, convergence and single social areas,* Journ. Eur. Soc. Pol., 13:2, 121-139.

Treu T. (1979), *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2, 167-199.

Trubek D. M. – Cottrell P. - Nance M. (2005*) "Soft Law", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity,* J. Monnet WP, 02/05.

Trubek D.M. – Rothstein J.S. (2001), *Transnational Regimes and Advocacy in Industrial Relations: a „Cure" for Globalization?,* in *Conflitti e diritti nella società transnazionale,* Angeli, Milano.

Trubek D. M.- Trubek L. G (2006), *New Governance and Legal Regulation: Complementary, Rivalry or Transformation,* Wisconsin Project on Governance and Regulation (WISGAR), University of Wisconsin.

Twining W. (1999), *Globalization and Comparative Law, Maastr. Journ. Eur. & Compar. Law,* 6:3, 217-243.

Usher J.A. (1998), *General Principles of EC Law,* Longman, London and New York.

van Gerven (1998), *Come diritto pubblico e diritto privato si permeano. In Europa e all'interno degli Stati nazionali,* Queste Istituzioni, 116, 90-105.

van Gerven (2001a), *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law,* in *Judicial Review in European Union Law,* Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, edited by D. O'Keefe, Kluwer Law International, The Hague, London Boston.

van Gerven (2001b), *A Common Law for Europe: The Future Meeting the past?* Eur. Rev. Priv. Law, 4, 485-503.

Veneziani B. (1981), *Legge e contrattazione: modelli di comparazione, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 12, 621-670.

Veltz P. (2000), *Le nouveau monde industriel,* Gallimard, Paris.

Vigneau C. (2003), *Labour Law Between Changes and Continuity,* Comp. Lab. Law Pol. Jour., 25:1, 129-142.

Weiler J.H.H. (1999), *Constitution of Europe,* CUP, Cambridge.

Zappalà L. (2003), *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind. I, 97, 69 -112.

Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*

Alessandro Bellavista

1. Premessa 40
2. La negoziabilità dell'organizzazione e dei poteri dirigenziali 40
3. Il sistema di relazioni sindacali nella contrattazione collettiva 46
4. Le tendenze delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico 49
5. Quali prospettive? 57

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 48/2007

1. Premessa

La contrattazione collettiva del lavoro pubblico presenta ancora oggi profonde difformità, sul piano della disciplina e delle concrete dinamiche negoziali, rispetto a quella del settore privato. Le ragioni delle peculiarità regolative dipendono principalmente dalle speciali esigenze di rilievo costituzionale (cfr. soprattutto gli artt. 81 e 97 Cost.) che gravano sull'area del lavoro pubblico. Queste appunto impongono una necessaria disciplina legale degli spazi e delle procedure contrattuali, anche se sulla loro precisa estensione il dibattito resta sempre aperto[89].

Invece, le particolarità relative all'effettivo comportamento degli attori sono probabilmente dovute alla persistente mancanza di incentivi di mercato e alla prevalenza dello scambio politico: condizioni che caratterizzano ancora il mondo delle pubbliche amministrazioni[90]. Chiunque abbia avuto un contatto, sebbene rapsodico, con l'esperienza delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico, non può negare che qui emergono comportamenti lontani anni luce dalle logiche di mercato e invece ancora inspirati a modalità consociative e a forte rilievo politico. Spesso, infatti, si assiste ad un uso delle risorse finanziarie pubbliche orientato alla ostinata ricerca del consenso politico al prezzo del sacrificio dell'efficienza dei servizi e degli interessi degli utenti[91].

Scopo delle pagine che seguono è quello di analizzare i due temi qui accennati (che presentano profili di stretto collegamento), di mettere in luce i problemi più scottanti e di suggerire qualche soluzione.

2. La negoziabilità dell'organizzazione e dei poteri dirigenziali

Beninteso, passando a trattare il primo aspetto, è noto che la regolazione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico è permeata dalla necessità di garantire lo spazio di autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni e di assicurare il rispetto dei principi costituzionali in tema di organizzazione dei pubblici uffici scaturenti dall'art. 97 Cost.[92]. Inoltre, il principio costituzionale della copertura della spesa pubblica di cui all'art. 81 Cost. impone una speciale disciplina legale dell'attività contrattuale proprio in relazione agli effetti di spesa a questa connessi[93]. Su questo aspetto non vale la pena al momento soffermarsi, in quanto a prima vista indiscusso. Semmai esso verrà rievocato quando si parlerà delle concrete dinamiche negoziali, le quali in pratica tendono ad aggirare gli indispensabili controlli sui limiti alla spesa pubblica.

---

[89] Cfr. F. Carinci, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, p. 340 ss.; Id., *La disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.,* 2000, p. 76 ss.; M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, p.227 ss.; M. Marazza, *Il contratto collettivo di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, p. 147 ss.; S. Battini, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 438 ss.; M. Barbieri, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 1997, p.53 ss.

[90] Cfr. M. Ricciardi, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni. Luci, ombre e pregiudizi*, in *Lav. dir.*, 2004, 633 ss.: A. Zucaro, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, Ipsoa, Milano, 2000, p. 9 ss.

[91] Cfr. A. Zucaro, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, p. 314 ss.

[92] Cfr. A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 461 ss.; F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm*., 2006, p. 523 ss.

[93] Cfr. F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 542; G. Giugni, *Quattro grandi problemi da non sottovalutare*, in *Lav. inf*., 1992, n. 11, p. 6 ss.; C. Spinelli, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo na*zionale, in *Diritto del lavoro. Commentario. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, diretto da F. Carinci-L. Zoppoli , vol. V, tomo I, Utet, Torino, 2004, p. 381 ss: M.Barbieri, *Profili costituzionali*, cit., p. 410 ss.

Orbene, l'esigenza della salvaguardia del potere di autodeterminazione della pubblica amministrazione ha trovato riscontro, durante la prima privatizzazione, mediante la tecnica dell'esclusione dall'area di competenza della contrattazione collettiva di alcune materie e dell'assoggettamento delle stesse all'esclusiva regolazione per legge o per atto unilaterale in regime pubblicistico. Il che non ha impedito che, in quel periodo, sorgesse la questione della negoziabilità dei poteri dirigenziali rispetto alle materie sottoposte a regime privatistico, ed oggetto esclusivamente di esame congiunto o consultazione sindacale.

Più precisamente, durante la prima privatizzazione, s'è alquanto discusso se il dirigente potesse validamente negoziare e quindi stipulare contratti collettivi decentrati su materie che, alla stregua del d.lgs. n. 29/1993 e dei contratti collettivi nazionali, costituivano mero oggetto di informazione o consultazione ed esame. In effetti, la questione della negoziabilità dei poteri dei dirigenti pubblici coinvolgeva profili di notevole rilievo tali da influenzare l'equilibrio complessivo del nuovo quadro normativo. Per quanto concerne i poteri dirigenziali sulle materie (che allora riguardavano l'intera organizzazione) assoggettate a disciplina pubblicistica, e quindi alla legge o agli atti unilaterali, s'è ovviamente esclusa la negoziabilità in forza della elementare considerazione che in questo caso non sussistesse *a priori* la competenza della contrattazione collettiva sulla base appunto della predetta riserva di regime di atto unilaterale pubblicistico[94].

Invece, quanto alla negoziabilità dei poteri dirigenziali sulle materie sottoposte a regime privatistico, ed oggetto esclusivamente di esame congiunto o di consultazione e d'informazione, le opinioni erano più articolate. A questo proposito, vi era infatti chi accennava alla possibilità che a seguito delle suddette procedure partecipative potesse attivarsi sulle suddette materie "un processo negoziale vero e proprio"[95] e giungersi alla stipula di un contratto decentrato[96]. Poi vi era chi parlava degli eventuali contratti così formalizzati come di "accordi atipici" ovvero di tipo (non normativo ma) gestionale che incidono sui poteri imprenditoriali e non sui rapporti di lavoro[97]. Tuttavia, la tesi contraria alla negoziabilità degli stessi poteri dirigenziali trovava un forte argomento a suo sostegno proprio nella salvaguardia operata dall'art. 10 del d.lgs. n. 29/1993, allora vigente, della autonoma determinazione definitiva e della responsabilità dei dirigenti nelle materie sulle quali le organizzazioni sindacali dei lavoratori avevano il diritto di essere informate e di svolgere la procedura d'esame ivi regolata. E perciò l'art. 10 d.lgs. n. 29/1993 operava come una clausola di garanzia/salvaguardia del potere unilaterale privatistico del dirigente pubblico[98] .

---

[94] Così, A. Albanese, *I poteri dei dirigenti pubblici nel d.lgs. n. 29/1993, e il problema della loro "negoziabilità"*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 425; C. Zoli, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubb.*, 1997, p. 408.

[95] T. Treu, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 11 e p. 23.

[96] Cfr. A. Viscomi – L. Zoppoli, *La partecipazione alla organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla finanziaria 1995, Commentario*, diretto da F. Carinci, Giuffrè, Milano, 1995, p. 355 ss.

[97] Cfr. M. D'Antona, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 41; M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., 381 ss.

[98] Cfr. F. Carinci, *Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*. *Commentario*, diretto da F. Carinci, Giuffrè, Milano, 1997, I, p. XLV; A. Albanese, *I poteri dei dirigenti*, cit., p. 426 ss.; A. Corpaci, *I contratti collettivi nel passaggio dal vecchio al nuovo regime*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 275; F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro,* in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993*, cit., p. 98 ss.

La questione della negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente si ripropone nel quadro della seconda privatizzazione, con la complicazione che deriva dall'ampliamento dell'area privatizzata, che tocca anche la micro o bassa organizzazione, e con la scomparsa della clausola di salvaguardia di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 29/1993. Intanto, nessuno dubita della non contrattabilità nell'area delle scelte organizzative rimaste in regime pubblicistico[99]. E ancora oggi, secondo una condivisibile dottrina[100], vi sono forti argomenti che depongono nella direzione di ritenere non contrattabili gli atti organizzativi anche se privatistici e comunque di giungere alla conclusione che il dirigente pubblico non possa validamente e legittimamente contrattare su materie che, alla stregua del contratto collettivo nazionale, non possono costituire oggetto di contrattazione in sede decentrata o integrativa.

In primo luogo, si sostiene che l'organizzazione privatizzata non sembra essere nemmeno nella disponibilità della contrattazione collettiva nazionale o di comparto[101]. Infatti, quando l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 dice che "la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali", indirettamente pare escludere la possibilità che essa possa lambire l'organizzazione privatizzata e cioè la micro o bassa organizzazione; e ciò trova conferma nel confronto tra la formula di questa disposizione con quella dell'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001, laddove vengono menzionate in modo distinto le "determinazioni per l'organizzazione degli uffici" e "le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro", sebbene esse ricadano entrambe nel regime privatistico.

Inoltre, la nuova versione dell'art. 10 del d.lgs. n. 29/1993, ora confluita nell'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001, afferma che "i contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sui rapporti di lavoro"; e perciò sembrerebbe ammettere la possibilità che, per questa via, i contratti collettivi nazionali prevedano anche la forma di partecipazione più intensa sugli atti interni di organizzazione, come la contrattazione. Ma l'interpretazione di tale disposizione va operata in stretta connessione con quanto stabilito dall'art. 11, comma 1, lettera h), della legge delega n. 59/1997, secondo cui il legislatore delegato avrebbe potuto prevedere solo l'introduzione di "procedure di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti prima dell'adozione degli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro". Perciò, pare proprio che il termine "partecipazione", di cui all'attuale art. 9 del d.lgs. n. 165/2001, non possa essere declinato dalla contrattazione collettiva in modo tale da introdurre pretese negoziali nell'area dell'organizzazione. Tale soluzione appare l'unica se si vuole evitare che l'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 possa essere sospettato di essere incostituzionale per eccesso

---

[99] Cfr. A. Corpaci - A. Orsi Battaglini, *Sub art. 2*, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, a cura di A. Corpaci-M. Rusciano-L. Zoppoli, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1999, 1070.

[100] Cfr. F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 76 s.; Id., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, d.lgs. n. 29/1993 (il modello "universale")*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 50 ss.

[101] Così, F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 76; A. Boscati, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 417.

di delega[102]. Il che sembra confermare l'esistenza di una preclusione legale a qualsiasi forma di contrattazione che si estenda nell'area dell'organizzazione sia ancora in regime pubblicistico sia privatizzata.

Peraltro, gli stessi limiti che gravano sulla contrattazione nazionale valgono anche per gli eventuali contratti decentrati o integrativi stipulati su materie organizzative rispetto alle quali la stessa contrattazione nazionale non potrebbe intervenire. In effetti, alla stregua dell'art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, la contrattazione integrativa può validamente toccare solo quelle materie delegate dal livello contrattuale nazionale e ciò ovviamente presuppone che la stessa contrattazione nazionale possa anch'essa legittimamente governare le materie che intende delegare alla fonte decentrata. In tale chiave di lettura, va considerato il tentativo svolto per aggirare l'ostacolo dato dalla subordinazione dello spazio negoziale della contrattazione integrativa a quello concesso dal contratto nazionale di comparto; tentativo che consiste nell'individuare nell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 - che dice che "la contrattazione collettiva si svolge su tutte...", ma senza distinguere tra il livello contrattuale nazionale o decentrato – l'autonomo fondamento di una contrattazione integrativa concernente anche gli atti organizzativi. Ora, tale posizione si scontra con la precisazione, subito dopo effettuata dalla stessa disposizione, al comma 3, da cui si desume che la contrattazione integrativa, nel settore pubblico, ha i soli margini di autonomia concessi dalla fonte contrattuale nazionale. E tale soluzione è confermata dal comma 3 del nuovo art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165/2001: il quale ribadisce, seppure indirettamente, che spetta alle previsioni del livello contrattuale nazionale di comparto il governo della disponibilità delle risorse e quindi anche delle materie della contrattazione integrativa[103].

Beninteso, notevoli perplessità desta l'opinione, pur autorevolmente sostenuta[104], secondo cui sarebbe pur sempre ammissibile un contratto integrativo stipulato su materie non delegate al livello contrattuale decentrato e quindi anche su materie organizzative, perché legittimato dal comma 1 dell'art. 39 Cost. In sostanza, sarebbe configurabile un'area lecita di manovra della contrattazione collettiva, a livello integrativo, per così dire "gestionale" o *extra ordinem*, che potrebbe toccare anche la cosiddetta micro o bassa organizzazione privatizzata proprio in forza della circostanza della sua sottoposizione al regime privatistico (comprensivo dell'autonomia contrattuale) e della generale libertà di organizzazione e di attività sindacale di cui al comma 1 dell'art. 39 Cost. Questa teoria però si risolve in un vero e proprio aggiramento delle barriere normative erette dalla riforma a garanzia degli assetti organizzativi della pubblica amministrazione e comunque enfatizza la portata dell'art. 39 Cost. senza tenere conto dell'art. 97 Cost. E, in effetti, s'è fatto notare come invece emerga dalle pronunce della Corte Costituzionale l'ancoraggio della

---

[102] Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 135 s.; F. Carinci, *La dirigenza*, cit., p. 51; C. D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, diretto da F. Carinci-M. D'Antona, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 174; A. Zucaro, *L'attuazione della riforma*, cit., p. 38.

[103] Cfr. C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 361; A. Viscomi, *La contrattazione integrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 410.

[104] Cfr. M. D'Antona, *Le fonti privatistiche*, cit., p. 40; M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., p. 381 ss.; Id., *La contrattazione collettiva*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2° ed., cit., p. 1126 ss.; e anche C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 368 ss.

costituzionalità della riforma al "contemperamento" tra l'art. 39, comma 1, e l'art. 97, comma 1, Cost.[105]. Di conseguenza, è preferibile una lettura del quadro normativo volta a bilanciare tali principi costituzionali, e a rintracciare, a conclusione di tale ragionamento, un principio generale, seppure non del tutto esplicito, che fonda l'indisponibilità del potere organizzativo privatistico delle amministrazioni pubbliche[106]. Sicché, anche a seguito della seconda privatizzazione, resterebbero "*managerial rights* privatizzati assoggettabili a partecipazione ma non a contrattazione"[107]. E la ragione di tale profonda diversità con la posizione del datore di lavoro privato, nonché la giustificazione della differente portata delle prerogative manageriali nei due settori, va individuata nell'esigenza di salvaguardare l'autonomia della dirigenza pubblica che, rispetto a quella privata, è "più esposta per non avere dietro di sé, né un vero datore di lavoro, né il mercato"[108]. D'altra parte, se, com'è stato sostenuto con dovizia d'argomenti, è compito della dirigenza, "e non è vincolo di scopo della contrattazione collettiva", assicurare che la medesima contrattazione collettiva raggiunga risultati coerenti con il canone del buon andamento[109], allora emerge la necessità di sostenere la posizione della dirigenza - non solo nei confronti del potere politico, ma anche – "rispetto a controparti sindacali, di diritto e di fatto particolarmente presenti e aggressive proprio nel settore pubblico, in virtù di un regime privilegiato di protezione individuale e di promozione collettiva"[110]: controparti tendenzialmente portate a flirtare con il potere politico, in modo da imporre alla dirigenza accordi già raggiunti mediante circuiti informali, questi sì, del tutto *extra ordinem*.

Così, per salvaguardare l'autonomia della dirigenza, è possibile ritenere rintracciabile, nel tessuto normativo della riforma, un grappolo di regole e soprattutto un principio generale che fondano, seppure non in modo del tutto esplicito, l'esclusione della contrattabilità degli atti organizzativi anche micro; limitando quindi, nell'area dell'organizzazione, l'eventuale partecipazione sindacale a momenti e procedure che non possono sfociare in trattative che giungano a risultati negoziali con carattere vincolante per la parte pubblica[111].

V'è poi chi ricava il principio dell'indisponibilità del potere organizzativo privatistico attraverso un ulteriore suggestivo ragionamento. Si dice che "la privatizzazione di una quota del potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche in tanto è costituzionalmente legittima in quanto l'esercizio del potere organizzativo privatistico è suscettibile di verifica, a consuntivo e in base ai risultati, alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento", e pertanto gli atti dispositivi del potere organizzativo privatistico realizzati con contratti collettivi sarebbero compatibili con la

---

[105] Cfr. F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 67 e p. 77. Da ultimo Id., *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 523 e p. 527.

[106] Cfr. C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171.

[107] F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 77; A. Boscati, *La partecipazione*, cit., p. 417; A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 136. In senso contrario cfr. M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 1124 ss.; e C.. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 374 ss.

[108] F. Carinci, *La dirigenza*, cit., p. 52.

[109] Cfr. M. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 71.

[110] F. Carinci, *La dirigenza*, cit., p. 53.

[111] Cfr. C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171; M. Rusciano, *Giannini e il pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, p. 1143.

Costituzione solo se fossero temporanei e orientati a obiettivi di buon andamento[112]: e perciò si profila la questione della legittimità costituzionale (prima dell'art. 45, comma 4, del d.lgs. n. 29/1993, e ora) dell'art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, "nella parte in cui non garantisce alle pubbliche amministrazioni, direttamente o rinviando ad apposite disposizioni dei contratti collettivi, il potere di far cessare alla naturale scadenza, attraverso la disdetta, l'efficacia delle clausole contrattuali concernenti le modalità di esercizio del potere organizzativo"[113]. Questa posizione si espone però alle obiezioni secondo cui sarebbe sempre possibile disdettare un contratto collettivo stipulato senza un termine finale; e che ritenere necessario che il contratto collettivo sia "orientato ad obiettivi di buon andamento", fa sì che in questo modo si perviene ad "una inammissibile rifunzionalizzazione dell'attività di diritto privato delle amministrazioni"[114]. In effetti, una cosa è affermare che anche l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni vada finalizzata al buon andamento e all'imparzialità; e su questo non si può che concordare, almeno in linea di principio. Altra cosa è pensare che tale finalizzazione debba avvenire allo stesso modo indipendentemente dal regime giuridico dell'attività medesima[115]. È nella logica della privatizzazione del potere organizzativo (micro) il fatto che il soddisfacimento dell'interesse pubblico venga controllato "a consuntivo e in base ai risultati"[116]: e quindi se l'atto organizzativo privatistico, a seguito della sua sottoposizione a verifica, non risulta coerente con l'interesse pubblico, si porrà il problema della responsabilità del dirigente che lo abbia posto in essere, ma non quello della validità in sé dell'atto; a meno che non siano state violate precise disposizioni imperative[117].

Tuttavia, va considerato che tutte le posizioni che argomentano l'indisponibilità dei poteri organizzativi privatistici, per quanto apprezzabili e condivisibili, corrono il rischio di essere talvolta un po' troppo astratte ed inutilizzabili sul piano pratico. Infatti, è vero che, in concreto, vi è sovente un inestricabile intreccio tra aspetti organizzativi e questioni inerenti al rapporto di lavoro, soprattutto al livello dell'attività di organizzazione degli uffici che si sviluppa a stretto contatto con lo svolgimento del rapporto di lavoro[118]: e perciò la fissazione di chiari confini tra le due aree può rivelarsi, in questi casi, estremamente ardua[119]. Ciò spinge alcuni ad osservare realisticamente che, al di là della zona in cui le scelte organizzative restano affidate alla legge e all'esercizio della potestà pubblicistica di organizzazione, "per tutto ciò che forma oggetto delle determinazioni operative e gestionali ora ricondotte alla capacità di diritto privato" la preclusione "all'utilizzo dello strumento contrattuale...non può essere più predicata in via di principio"[120]. E v'è chi,

---

[112] Così, C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., 171; Id., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Diritto del lavoro. Commentario. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* diretto da F. Carinci-L. Zoppoli, vol. V, tomo II, Utet, Torino, 2004, p. 152 ss.

[113] C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 171; Id., *Il potere organizzativo*, cit., 2004, p. 153 s.; A. Boscati, *La partecipazione sindacale*, cit., p. 417.

[114] M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 1127.

[115] Cfr. A. Orsi Battaglini, *Fonti normative*, cit., p. 471.

[116] Cfr. C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 170.

[117] Cfr. F. Liso, *La privatizzazione*, cit., p. 224.

[118] Cfr. M. D'Antona*, Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Lav. pubb. amm.*, 1998, p. 44; C. D'Orta, *Il potere organizzativo*, cit., p. 109.

[119] Cfr. M. Rusciano, *Giannini e*, cit., p. 1144.

[120] A. Corpaci – A. Orsi Battaglini, *Sub art. 2*, cit., p. 1070.

partendo da una considerazione analoga, suggerisce che la soluzione, per escludere una capacità negoziale della dirigenza su determinati assetti organizzativi, sarebbe realizzabile tramite l'atto organizzativo di cui al comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, che potrebbe fissare "l'effettiva latitudine del potere privatistico"[121].

D'altra parte, autorevole dottrina rimarca la necessità di garantire "l'intangibilità" del potere di organizzazione del datore di lavoro pubblico, come di quello privato, in forza della considerazione che "le regole di organizzazione di qualsivoglia apparato, pubblico o privato che sia, non possono che essere dettate da chi, in tale apparato, è titolare delle scelte e delle decisioni riguardanti il 'processo produttivo', del quale egli assume anche ogni responsabilità". E osserva che il problema che si pone proprio nell'area del lavoro pubblico è che "risulta ancora oggi estremamente difficile elevare una sicura linea di confine tra materie che sono espressione" del potere di organizzazione "e dunque di esclusiva competenza di una fonte unilaterale", "e materie che, rientrando invece nell'area delle 'condizioni di lavoro', sono oggetto di una fonte negoziata"[122]. Certo, di fronte alla naturale tendenza dell'azione sindacale ad invadere e condizionare le zone più esclusive delle prerogative datoriali, questa dottrina evoca un problema reale: e cioè il rischio che anche nel lavoro pubblico riformato la "partecipazione sindacale" degeneri in "cogestione", come s'è verificato nel sistema precedente. E tuttavia l'antidoto migliore, più che la ricerca di barriere normative di fatto sempre superabili, sembra essere proprio quello (una volta esaurita l'attuale fase transitoria, in cui la privatizzazione deve ancora imporsi come modello culturale dominante[123]) dello sviluppo di una dirigenza pubblica realmente preparata e portata "a fare da controparte nel confronto/scontro sindacale" e quindi dotata anch'essa "geneticamente" di una "capacità di resistenza" come quella posseduta dai dirigenti del settore privato[124].

3. Il sistema di relazioni sindacali nella contrattazione collettiva

Comunque, le difficoltà poc'anzi messe in evidenza non dovrebbero impedire di vagliare attentamente il contenuto dei contratti collettivi nazionali, per evitare l'incursione della contrattazione nazionale e integrativa nelle materie organizzative. Ma anche la bontà di questa affermazione va verificata sul campo, tenendo conto della realtà effettuale in cui il risultato della dinamica negoziale spesso travalica i limiti ad essa formalmente apposti.

Infatti, attualmente la contrattazione nazionale di comparto di fatto gode del potere discrezionale di ampliare o ridurre gli spazi negoziali anche in relazione alle tematiche organizzative. Quindi, il primo problema è quello di fissare argini adeguati affinché la contrattazione collettiva nazionale si svolga, come dice il comma 1 dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, soltanto "su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali". Più in generale, probabilmente prendendo atto della difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra area aperta alla negoziazione e area esclusa, si afferma l'esistenza di materie che, pur non costituendo espressamente oggetto di

---

[121] F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro, in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche,* 2° ed., cit., p. 224 e p. 236.
[122] M. Rusciano, *Giannini e*, cit., p. 1144.
[123] Cfr. F. Liso*, La privatizzazione*, 2° ed., cit., p. 187.
[124] M. Rusciano, *Giannini e*, cit., p. 1145.

riserva di legge e delle altri fonti unilaterali, non sono liberamente disponibili dalla contrattazione collettiva. Ciò in quanto "la loro disciplina è stata concepita non in funzione protettiva degli interessi del lavoratore, bensì di determinati interessi pubblici appunto garantiti dall'esistenza di quei particolari assetti organizzativi" a cui la suddetta disciplina fornisce rilevanza: e si fa l'esempio della normativa sulle mansioni, sulla graduazione delle funzioni e sulla responsabilità dirigenziale, o sulle conseguenze della violazione delle disposizioni sull'assunzione dei lavoratori[125].

Un evidente caso di invasione da parte della contrattazione collettiva di zone riservate alla legge, o quantomeno ad essa non formalmente attribuite, è stato quello che ha riguardato la questione della derogabilità o meno della disciplina degli incarichi dirigenziali, da parte della contrattazione collettiva, soprattutto in considerazione del fatto che la contrattazione collettiva nazionale delle aree dirigenziali della seconda tornata (specie l'art. 13 del CCNL dell'Area 1, 1998-2001) aveva introdotto disposizioni che ripristinavano garanzie per i dirigenti già escluse dalla legge: in particolare era stata sterilizzata la disattivazione dell'art. 2103 c.c. in relazione al conferimento degli incarichi dirigenziali e al passaggio ad incarichi diversi, operata dal comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001. La tesi a favore dell'inderogabilità in via contrattuale delle disposizioni legali in tema di rapporto dirigenziale che stabiliscono determinate condizioni organizzative[126], è stata ora esplicitamente accolta dalla recente legge 15 luglio 2002, n. 145 che ha introdotto, nell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 (il quale appunto contiene la disciplina nevralgica degli incarichi dirigenziali), un nuovo comma 12-*bis*, secondo cui "le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi". Il che ha indotto la contrattazione collettiva nazionale delle aree dirigenziali della terza tornata a riformulare le norme contrastanti con la disciplina legale in modo consono a quest'ultima.

Ovviamente, sempre nell'area delle materie non coperte da riserva di legge o di atto unilaterale, resta aperta la questione della derogabilità o meno da parte della contrattazione collettiva nazionale di comparto di tutte quelle disposizioni legali per cui barriere del genere non siano espressamente previste dalla medesima legge. A questo proposito, va ricordato che la questione dei limiti di intervento alla contrattazione collettiva ricavabili in via ermeneutica dalla disciplina legale vigente si presenta estremamente delicata, perché coinvolge valori costituzionali di indubbio pregio e talvolta tra loro contrapposti[127]; e non è esclusa l'eventualità di altri interventi chiarificatori del legislatore come si è verificato per la materia degli incarichi dirigenziali.

S'è già detto che il perno del sistema contrattuale è costituito dal contratto collettivo nazionale di comparto. Con la conseguenza che - e qui vanno richiamate le osservazioni precedenti sulla inconfigurabilità di una contrattazione collettiva di tipo gestionale - in sede integrativa l'area negoziale sarà solo quella delegata dalla fonte contrattuale superiore e pertanto saranno nulli, *ex* art. 40, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, tutti gli accordi che vadano al di là delle materie delegate al livello inferiore di contrattazione, estendendosi, per esempio, su materie solo oggetto di procedure partecipative deboli, come l'informazione e la consultazione[128].

---

[125] F. Liso, *La privatizzazione*, 2° ed., cit., p. 222.

[126] Cfr. V. Talamo, *La contrattazione collettiva della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 680; F. Liso, *La privatizzazione*, 2° ed., cit., p. 223.

[127] Cfr., ampiamente, M. Rusciano, *Contratto collettivo*, cit., p. 238 ss.; M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., p. 419 ss.

[128] Cfr. F. Carinci, *Le fonti della disciplina*, cit., p. 77; A. Boscati, *La partecipazione sindacale*, cit., p. 416 ss.

Tuttavia, anche qui, è stata la stessa contrattazione collettiva nazionale di comparto a muoversi in modo ambiguo, allargando surrettiziamente le materie oggetto di contrattazione a livello integrativo.

Infatti, i contratti collettivi nazionali della seconda tornata (1998-2001) hanno creato una forma di partecipazione sindacale intermedia tra la vera e propria contrattazione e la consultazione: la concertazione. Essa, secondo la definizione prevalentemente adottata, si svolge mediante appositi incontri, deve concludersi entro un determinato termine e dell'esito della stessa va redatto specifico verbale dal quale risultano le posizioni delle parti. Così, ci si è posti la domanda se la procedura possa finanche concludersi con un apposito accordo. La risposta non è facile. Va tenuto conto che in un contratto collettivo nazionale è stabilito che "gli impegni concertati hanno per le parti carattere vincolante"[129]; mentre, in gran parte dei contratti di comparto, si afferma che "nella concertazione le parti verificano la possibilità di un accordo"[130]. E quindi, con l'utilizzazione di entrambe le formule, si ammette espressamente che la concertazione possa sfociare in un vero e proprio accordo.

A questo punto, si può dire che con la concertazione s'è allargato di fatto lo spazio operativo della contrattazione integrativa. Beninteso, le materie oggetto di concertazione sono ulteriori rispetto a quelle pertinenti alla contrattazione integrativa e riguardano aspetti strategici dell'organizzazione del lavoro delle singole amministrazioni: soprattutto, per esempio, i criteri generali per la disciplina delle procedure selettive ai fini della progressione verticale da una categoria ad un'altra, i criteri generali per il conferimento di incarichi al personale a cui è collegata l'attribuzione di una specifica indennità. È agevole comprendere come gli attori negoziali abbiano trovato una soluzione di compromesso nel prevedere la sola concertazione, e non la contrattazione, su materie estremamente importanti, quali i concorsi interni e l'attribuzione degli incarichi. Tuttavia, stante l'endemica debolezza della parte pubblica al livello della contrattazione integrativa, è altresì facile prevedere come nella pratica concreta il confine tra concertazione e contrattazione corra il rischio di assottigliarsi se non di scomparire del tutto[131]. Al riguardo bisogna svolgere alcune considerazioni più approfondite sul piano giuridico.

Laddove i contratti collettivi nazionali si limitino a regolare genericamente la concertazione, arrestandosi a stabilire che dell'esito della seduta vada redatto un apposito verbale, senza aggiungere null'altro, è desumibile la volontà delle parti collettive di escogitare una procedura partecipativa del tutto diversa dalla contrattazione e che presenta alcune similarità con la consultazione. Anche se, in genere, la concertazione è attivata su richiesta dei sindacati dei lavoratori, mentre la consultazione di quest'ultimi è un obbligo delle amministrazioni da rispettare prima di adottare le decisioni per le quali sia previsto il rispetto di tale procedura partecipativa. Qui sarebbe lo stesso contratto collettivo nazionale ad escludere la possibilità che la concertazione possa risolversi in un vero e proprio accordo; altrimenti avrebbe dovuto prendere esplicita posizione al riguardo. Il silenzio del contratto collettivo nazionale sull'eventualità di un accordo dovrebbe indurre a

---

[129] Così l'art. 7, comma 3, del CCNL del comparto Università del 9 agosto 2000.

[130] Così, l'art. 6, lettera b), comma 3, del CCNL del comparto Aziende e amministrazioni autonome dello Stato del 24 maggio 2000; e l'art. 6, lettera b), comma 4, del CCNL del comparto Enti pubblici non economici del 16 febbraio 1999.

[131] Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 136; A. Boscati, *La partecipazione sindacale*, cit., p. 419.

ritenere che esso abbia voluto separare nettamente la concertazione dalla contrattazione. E perciò la concertazione si ridurrebbe ad una consultazione rafforzata, giustificata dall'esigenza di rendere trasparenti le scelte dell'amministrazione[132]. Se la concertazione sfociasse in un accordo, questo sarebbe nullo, poiché concreterebbe una contrattazione integrativa su materie per le quali non vi è stato uno specifico rinvio dal livello nazionale a quello integrativo.

Altro discorso quando i contratti collettivi sanciscono la natura vincolante degli impegni assunti in sede di concertazione oppure ammettono che essa possa confluire in un accordo. In questo caso, bisogna esaminare le materie oggetto della procedura di concertazione. Se esse ricadono nella disponibilità della contrattazione collettiva, allora non vi sarebbe alcun ostacolo a negoziare su di esse[133]. Ma se, invece, esse fossero materie organizzative ovvero assoggettate comunque ad una disciplina inderogabile di legge, bisognerebbe giungere alla conclusione secondo cui ogni accordo sul punto sarebbe nullo, poiché è già nulla la disposizione del contratto collettivo nazionale che invade il campo riservato ad altre fonti e che pertanto regola ambiti esulanti dalla sua competenza.

L'esperienza ha dimostrato quanto fosse concreto il rischio della sovrapposizione tra concertazione e contrattazione integrativa[134]. Pertanto, prima dell'inizio della terza tornata contrattuale (2002-2005) l'organismo di coordinamento dei Comitati di settore, nell'ambito della definizione degli indirizzi generali per la contrattazione collettiva del relativo quadriennio, ha chiaramente invitato i Comitati di settore a fissare, in modo preciso, i confini tra concertazione e contrattazione integrativa. L'appello ha trovato riscontro in un contratto di comparto laddove si afferma che "la procedura di concertazione, nelle materie ad essa riservate non può essere sostituita da altri modelli di relazioni sindacali"[135]. Il che significa che la concertazione non può essere depotenziata, riducendosi ad una mera informazione, ma anche che essa non può essere dilatata fino a risolversi in una sorta di contrattazione integrativa, dalla quale sorgano impegni in qualche modo giuridicamente vincolanti[136].

4. Le tendenze delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico

Come s'è già accennato, le concrete dinamiche negoziali nel settore pubblico assumono caratteristiche tali da renderle lontane ancora molti anni luce da quelle del privato: lo scambio politico continua ad imperare a qualsiasi livello negoziale, permangono l'intrusione della politica sulla gestione amministrativa, la ricerca del consenso a qualsiasi prezzo sull'interesse pubblico e degli utenti dei servizi[137]. Sicché, è ancora attuale il giudizio di Umberto Romagnoli relativo alla

---

[132] Così, cfr. A. Boscati, *La partecipazione*, cit., p. 419 ss.; *contra*, M. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2° ed., cit., p. 1127.

[133] Cfr. A Boscati, *La partecipazione*, cit., p. 420.

[134] Cfr. F. Carinci, *Una riforma "conclusa"*, cit., p. 366; M. Ricciardi, *Riflessioni sull'entrata a regime del nuovo sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 618 ss.

[135] Così l'art. 6 del CCNL del comparto Regioni-Autonomie locali del 22 gennaio 2005.

[136] Cfr. R. Soloperto, *Le novità del CCNL del personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie locali 2002-2005: le relazioni sindacali*, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, p. 75 ss.

[137] Cfr. A. Zucaro, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, p. 314 ss. e spec. p. 322 ss.; M. Ricciardi, *Riflessioni*, cit., p. 619.

contrattazione nel sistema della legge quadro e pertanto può essere, *mutatis mutandis*, riferito anche al nuovo regime. E cioè che "nel pubblico impiego la contrattazione collettiva non è che una caricatura di quella praticata in ambito privatistico: un po' perché le ragioni dell'efficienza non sono percepite come un vincolo implicito delle rivendicazioni del personale e un po' perché ogni accordo di comparto vede la luce dopo un'infinità di pazienti soggiorni nei corridoi del Palazzo per abbordare ministri e sottosegretari". Ed inoltre che "la contrattazione è una parvenza formale ossia un ectoplasma; ma i suoi alti costi sono reali". E concludeva "la contrattazione è fittizia, perché non ci sono né padroni o azionisti che mettano in gioco il loro patrimonio né un mercato che possa allontanare i clienti insoddisfatti né il sistema delle regole non scritte, delle sanzioni e degli incentivi che è indotto dalla concorrenza"[138].

Comunque, è vero che alcune peculiarità del quadro normativo incidono sullo spazio di azione della parte pubblica in modo tanto esteso da comprometterne finanche le potenzialità di tentare di imitare il comportamento delle rappresentanze datoriali private ai tavoli delle trattative. Il profilo più rilevante, da questo punto di vista, sta nella circostanza che la parte pubblica, sia al livello della contrattazione collettiva nazionale sia a quello della contrattazione integrativa, è costretta (dalle norme legali di riferimento) a rendere note le proprie disponibilità finanziarie ben prima che abbiano inizio le trattative per i rinnovi[139]. E così si realizza una situazione paradossale in base alla quale dei due giocatori di un'immaginaria partita a poker l'uno conosce le carte dell'altro.

Bene s'è osservato che "in questo modo viene sottratta all'Aran la negoziazione del *quantum* degli incrementi, che, invece, è il cuore della contrattazione nel privato"[140]. Di conseguenza, manca quel formidabile incentivo di mercato rappresentato dalla possibilità, presente nel settore privato, per l'attore negoziale di parte datoriale di spingere verso la chiusura tempestiva della trattativa offrendo somme ulteriori rispetto a quelle note in partenza. Peraltro, la predeterminazione dei costi contrattuali pone la parte pubblica in una situazione di grande debolezza, in quanto i sindacati partono dal presupposto che tali risorse siano già dovute, senza alcuna contropartita, e così possono concentrare la propria azione per l'ottenimento di somme ulteriori; mentre la parte pubblica deve lottare per affermare il principio del necessario scambio tra retribuzione e qualità della prestazione[141].

Questa caratteristica incide, in modo perverso, su tutto lo svolgimento della contrattazione. Pertanto, il primo vero momento contrattuale, benché non sia previsto dalla normativa, avviene nelle stanze dei soggetti politici titolari, ai vari livelli, delle disponibilità finanziarie allo scopo di ottenere la maggiore quantità possibile di risorse. Così, prima dell'avvio delle trattative per il rinnovo dei contratti nazionali, le organizzazioni sindacali premono sul Governo affinché, nella legge finanziaria, vengano immesse adeguate risorse. Nel caso delle amministrazioni diverse da quelle dello Stato, per cui non opera il principio della preventiva iscrizione del finanziamento dei contratti all'interno della legge finanziaria, le organizzazioni sindacali agiscono nei confronti dei Comitati di

---

[138] U. Romagnoli, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 243.

[139] Cfr. G. D'Auria, *Organizzazione amministrativa, contrattazione collettiva e datori di lavoro pubblico, attraverso le privatizzazioni del pubblico impiego*, in *Riv. Corte conti*, 2000, p. 236; V. Talamo, *Il lavoro pubblico dieci anni dopo la privatizzazione: conflittualità, tendenze e prospettive*, in *La riforma del lavoro pubblico: progressioni di carriera e relazioni collettive*, a cura di V. Talamo, Ipsoa, Milano, 2004, p. 22 ss.

[140] A. Zucaro, *L'attuazione della riforma*, cit., p. 40.

[141] Cfr., ampiamente, V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 24 ss.

settore a cui tocca il compito di predisporre il relativo meccanismo di finanziamento. Lo stesso accade per quanto concerne i contratti collettivi integrativi dove la pressione sindacale opera nell'ambito dei singoli enti. E, a qualunque livello, qualora le risorse annunciate come disponibili si rivelassero insufficienti, la parte pubblica competente a gestire il negoziato viene scavalcata, perché le organizzazioni sindacali si rivolgono direttamente agli organi politici in modo da ottenere un incremento dei relativi valori monetari. Sicché, l'autorità politica trova la giustificazione formale – ma in realtà esclusivamente fondata sulla necessità pratica di conquistare il consenso dei lavoratori – per aumentare la dote finanziaria, attraverso vari stratagemmi di "finanza creativa"[142].

Emblematica del predominio dello scambio politico è la circostanza che, proprio allo scopo di favorire l'apertura delle trattative relative ai contratti collettivi nazionali, per i bienni 2002-2003 e 2004-2005, il Governo è arrivato al punto di stipulare accordi (l'uno del 4 e 6 febbraio 2002, l'altro del 27 maggio 2005) con le organizzazioni sindacali: con ciò soprattutto definendo l'importo complessivo degli aumenti retributivi, i relativi stanziamenti nella legge finanziaria e la copertura a carico del bilancio dello Stato degli oneri per il rinnovo dei contratti del personale non statale. È evidente che tali accordi si collocano del tutto al di fuori della cornice legale della contrattazione collettiva.

Situazioni ambigue e al di là della normativa legale si producono in relazione all'andamento delle trattative sul piano dei contenuti sostanziali. È noto che anche gli atti di indirizzo all'Aran sono sovente oggetto di una trattativa informale tra i Comitati di settore e le organizzazioni sindacali prima della loro definitiva predisposizione[143]. Ad ogni modo, se lo spazio negoziale risulta poi troppo circoscritto dagli atti di indirizzo all'Aran, allora lo stallo della trattativa viene lo stesso superato tramite l'azione delle organizzazioni sindacali presso i Comitati di settore, affinché modifichino gli atti d'indirizzo in modo tale da soddisfare le richieste sindacali[144].

Questi sono fenomeni particolarmente gravi a livello nazionale, dove l'Aran – che dovrebbe pilotare la trattativa – è ridotta a giocare un ruolo del tutto marginale. E ciò è in contraddizione con la ragione dell'istituzione dell'Aran, che avrebbe dovuto operare come organismo tecnico di rappresentanza delle pubbliche amministrazioni, adeguatamente separato dalle stesse: in modo tale da evitare le tradizionali e indebite influenze politiche sull'andamento della contrattazione. Ma se i Comitati di settore assumono, nei confronti delle organizzazioni sindacali, atteggiamenti a dir poco consociativi, l'Aran è posta di fronte ad una secca alternativa. O affronta da sola le organizzazioni sindacali, con tutti i rischi che ciò comporta, tra cui quello di essere bypassata tramite nuovi atti di indirizzo (informalmente contrattati tra sindacati e Comitati di settore) che la inducono ad adottare una strategia più morbida. Oppure, l'Aran, prendendo atto della difficoltà di opporsi all'offensiva sindacale, sceglie una linea di minore resistenza: e cioè, preferisce raggiungere l'accordo su testi ambigui, con enunciati formulati in modo estremamente tortuoso. Tale soluzione si limita a traslare, e non a risolvere, il conflitto, perché fa sì che a livello decentrato si riaprano i negoziati sulle materie già trattate in sede centrale, con interminabili controversie sulla

---

[142] Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 26 ss.; A. Zucaro, *L'attuazione della riforma*, cit., p. 29 ss.

[143] Così, A. Zucaro, *Relazioni sindacali*, cit., p. 322; V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 25 ss.

[144] Cfr. F.M. Macioce, *Le relazioni sindacali*, in *La riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 135 ss.; V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 25.

loro esatta delimitazione ed interpretazione. Questo sistema favorisce le applicazioni più distorte degli istituti contrattuali a detrimento degli interessi pubblici.

A mo' di esempio, basti ricordare la storia tormentata della disciplina del trattamento economico e giuridico del personale del comparto Università che presta servizio presso le aziende ospedaliere universitarie. A questo personale è stato in passato riconosciuto, con un apposito intervento di fonte legale, il diritto di beneficiare di un'indennità economica di perequazione rapportata al trattamento spettante per i dipendenti del Servizio sanitario nazionale che svolgessero mansioni analoghe. L'applicazione non omogenea (e fortemente influenzata dalle pressioni sindacali), nelle varie sedi universitarie, della vecchia normativa pubblicistica ha comportato la corresponsione di emolumenti differenziati pur a parità di mansioni svolte. Fin dalla prima tornata contrattuale era stata annunciata una soluzione definitiva della questione. In realtà, la contrattazione collettiva nazionale s'è limitata ad adottare misure del tutto compromissorie che, come osserva icasticamente la Corte dei Conti, realizzano il bizzarro assetto secondo cui i dipendenti in servizio presso le aziende ospedaliere universitarie sono "attualmente destinatari, a parità di mansioni, di due diversi contratti collettivi e provvisoriamente inquadrati in differenti qualifiche"[145].

Su un piano più generale, un attento osservatore mette in luce come sovente si instauri un gioco perverso e paradossale tra Aran e Comitati di settore nel farsi reciprocamente portatori delle istanze sindacali l'una verso gli altri e viceversa[146].

Peraltro, al livello degli enti sede di contrattazione integrativa è più probabile una vera e propria confusione tra parte pubblica e parte sindacale, specie nel caso in cui a guidare la delegazione di parte pubblica è il soggetto politico titolare della rappresentanza dell'ente in questione. Infatti, la parte datoriale pubblica è ancora più debole nelle sedi dove si svolge la contrattazione decentrata o integrativa: a causa della maggiore vicinanza tra soggetti politici e corpo elettorale, di cui una parte significativa è rappresentata dai dipendenti dell'amministrazione interessata[147]. Come dimostrano accurate ricerche sul campo, in sede decentrata la rottura delle trattative ad opera della parte pubblica è un fatto estremamente raro[148]; mentre la risorsa conflittuale è usata esclusivamente dal sindacato. In pratica la parte pubblica persegue la cosiddetta "logica del consenso ad ogni costo"[149]. In questo contesto, esigenze di pace sociale e di consenso politico della parte pubblica la inducono a singolari alleanze con la controparte negoziale, tali da favorire lo sfondamento degli apparenti limiti finanziari e normativi fissati dai contratti nazionali[150]. Il tutto è aggravato dalla mancanza di effettivi controlli sul loro rispetto[151]. Al riguardo bastino alcuni esempi. Il primo attiene al sistema salariale. È noto che, nel lavoro pubblico, esiste una forte rigidità

---

[145] Corte dei Conti, sez. riun., 23 marzo 2006, n. 8/CONTR/CL/06, p. 4. Questa delibera, come tutte le altre che verranno citate in seguito, è reperibile nel sito *Internet* corteconti.it.

[146] Cfr. A. Zucaro, *Relazioni sindacali*, cit., p. 322.

[147] Cfr. M. Ricciardi, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico all'inizio della nuova legislatura*, in *Lav. pubb. amm.*, 2006, p. 277 ss.; G. Della Rocca, *Contrattazione senza innovazione*, *ivi*, p. 280 ss.

[148] Cfr. L. Bordogna, *Gestione delle risorse umane e relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni. Un'indagine sull'esperienza 1998-2001*, in *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Bordogna, Angeli, Milano, 2002, p. 45.

[149] Cfr. V. Talamo, *Le carriere collettive contrattate dei dipendenti pubblici: criticità e prospettive*, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, p. 1078.

[150] Cfr. P. Mastrogiuseppe, *La contrattazione integrativa nel comparto Regioni e Autonomie locali: i risultati di un monitoraggio dell'Aran*, in *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 78 ss.

[151] Cfr. G. D'Auria*, I controlli amministrativi*, in *Diritto del lavoro*, cit., p. 1420 ss.

salariale, specie rispetto al settore privato, almeno al livello della contrattazione collettiva nazionale di comparto. Ma questa rigidità ha come contraltare, in sede decentrata, l'endemica spinta ad utilizzare gli spazi negoziali per distribuire a pioggia incentivi e premi senza alcun legame con l'aumento dell'efficienza dei servizi offerti. E quindi senza assicurare l'ancoraggio degli aumenti salariali alla produttività del lavoro. Tutto questo induce a letture forzate delle disposizioni dei contratti collettivi nazionali in modo tale da calcolare i fondi per il salario di produttività nella forma più estesa possibile e a sganciare la relativa erogazione dai pur tenui criteri di verifica dell'effettivo apporto di ogni lavoratore al miglioramento della produttività individuale e collettiva stabiliti dagli stessi contratti collettivi nazionali. Bisogna dire che dovrebbe essere la stessa contrattazione collettiva nazionale ad impedire applicazioni distorte del meccanismo della retribuzione incentivante. In questa prospettiva, la fissazione di una percentuale massima predefinita di personale a cui destinare almeno una quota dei fondi per la produttività, rappresenterebbe una valida barriera per affermare il principio della cosiddetta selettività necessaria e per arginare la prassi delle erogazioni generalizzate in cifra fissa, tanto nota nella storia del lavoro pubblico[152].

Emblematico è un recente caso in cui la pressione sindacale ha riscosso successo, in modo eclatante, già al livello del contratto collettivo nazionale di comparto, con l'introduzione di uno strumento retributivo del tutto divergente dai principi legali[153]. L'art. 41, comma 4, del CCNL del comparto Università del 27 gennaio 2005, ha previsto che "nell'ambito della contrattazione integrativa ed a valere sulle risorse del Fondo per le progressioni economiche e per la produttività collettiva ed individuale… gli Atenei istituiranno un'indennità accessoria mensile, erogabile per dodici mensilità. Tale emolumento riassorbe e sostituisce le eventuali indennità già corrisposte con carattere di generalità, e non è decurtabile se non in caso di sciopero". La disposizione ha suscitato i dubbi della Corte dei Conti in occasione della certificazione dell'ipotesi d'accordo che la introduceva. Per i giudici contabili, infatti, "tale norma, come osservato anche dal Consiglio dei Ministri, è destinata a provocare un ulteriore irrigidimento del relativo Fondo e a ridurre le già scarse risorse utilizzabili per incrementare la produttività"[154]. Una valutazione ancora più negativa sulla suddetta indennità è contenuta nella certificazione dell'ipotesi di accordo successiva, concernente il biennio economico 2004-2005, che ha sancito la riduzione della medesima esclusivamente in caso di assenza per sciopero e non nelle altre situazioni di mancato svolgimento della prestazione lavorativa. La Corte sottolinea che "trattandosi nel caso di specie di risorse destinate a una forma di retribuzione fissa quale si presenta l'indennità accessoria mensile, tali risorse vengono in pratica ad essere utilizzate per compensare prestazioni non rese durante il periodo di assenza e quindi a scapito di altri possibili impieghi legati alla produttività del personale, con conseguente irrigidimento dei margini di manovra del Fondo previsto per la contrattazione integrativa". Infine, la Corte rileva "la carenza di ogni elemento informativo circa la incidenza che l'applicazione" della disposizione "comporterà sulla consistenza complessiva del Fondo"[155].

Comunque, l'istituto appare del tutto illegittimo in quanto contrastante con l'art. 45 del d.lgs. n. 165/2001. Ciò perché il comma 3 dell'enunciato stabilisce che "i contratti collettivi definiscono, secondo criteri obiettivi di misurazione, trattamenti economici accessori collegati: a) alla

---

[152] Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 136.

[153] Cfr. N. Giannone, *Commento all'ipotesi di CCNL 2002-2005 comparto Università*, in *lexitalia.it*, n. 10, 2004.

[154] Cfr. Corte dei Conti, sez. riun., 26 gennaio 2005, n. 4/CONTR/CL/05, p. 8.

[155] Cfr. Corte dei Conti, sez. riun., 23 marzo 2006, n. 8/CONTR/CL/06, p. 4.

produttività individuale; b) alla produttività collettiva tenendo conto dell'apporto di ciascun dipendente". E al comma 4 aggiunge che "i dirigenti sono responsabili dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori". Ora non si vede come sia possibile congegnare "un'indennità accessoria mensile", finanziata con l'apposito Fondo destinato al trattamento accessorio, quando questa indennità non è in alcun modo legata alla produttività individuale o collettiva, che costituisce la ragion d'essere dell'impiego del medesimo Fondo. Anzi, l'indennità sembra decurtabile solo in caso di sciopero e non in tutti gli altri casi in cui il lavoratore non svolge la relativa prestazione. In realtà, tale indennità assume carattere fisso e continuativo, poiché legata alla sola presenza in servizio. Di fatto si maschera come forma di trattamento economico accessorio un'indennità che invece rientrerebbe nel trattamento economico fondamentale. È probabile, quindi, che gli attori negoziali intendessero aumentare i valori del trattamento economico fondamentale; ma hanno trovato ostacolo nella mancanza di risorse disponibili e nelle esigenze di compatibilità dei costi contrattuali con gli strumenti di programmazione e di bilancio. Pertanto, è stato congegnato un meccanismo surrettizio: un vero e proprio escamotage. Così è stato spostato a valle il problema della quantificazione dell'indennità e si è lasciato ai rapporti di forza in ogni amministrazione la soluzione finale circa la definitiva messa in opera dell'istituto. Con la prevedibile conseguenza che, nelle varie Università sedi di contrattazione integrativa, l'azione sindacale è al momento diretta a cercare di utilizzare il massimo delle risorse disponibili per finanziare tale indennità, di ottenere valori monetari più elevati possibili e soprattutto di evitare ogni legame tra l'erogazione della stessa e la valutazione della qualità delle prestazioni individuali o collettive. Il che aumenta a dismisura le già notevoli difficoltà della parte pubblica nell'affermare le ragioni dello scambio tra retribuzione e qualità della prestazione: ovvero nel condizionare la percezione della quota accessoria del salario all'effettivo accertamento della produttività individuale o collettiva e al miglioramento dei servizi.

Altro esempio di come nel settore pubblico continuino ad operare logiche perverse, concerne le modalità con cui sono stati applicati i nuovi sistemi di classificazione del personale introdotti dai contratti collettivi nazionali della seconda tornata contrattuale (1998-2001), sulla base delle modifiche normative apportate dalla seconda privatizzazione al testo originario del d.lgs. n. 29/1993. Già di per sé la disciplina legale (ora art. 52, commi 1 e 6, d.lgs. n. 165/2001) prefigurava "un vero e proprio sistema di carriere collettive contrattate"[156], in quanto affidava al contratto collettivo nazionale di comparto il compito di regolare gli ordinamenti professionali e gli eventuali meccanismi di sviluppo professionale. I contratti collettivi nazionali di comparto hanno preliminarmente unificato le precedenti qualifiche funzionali in categorie o in aree. E poi hanno previsto una progressione orizzontale per fasce retributive (all'interno dell'area o della categoria) e una progressione verticale da una categoria all'altra o da un'area all'altra. La gestione concreta delle progressioni è stata poi rinviata alla contrattazione collettiva integrativa[157]. Con il che di fatto, in violazione dei principi legali e dei contratti collettivi nazionali di comparto, sono stati permessi passaggi multipli tra fasce retributive, progressioni economiche e verticali di massa e forti limitazioni degli accessi dall'esterno, riservando la quasi totalità dei posti disponibili ai dipendenti interni.

---

[156] V. Talamo, *Le carriere collettive*, cit., p. 1049; così, A. Zucaro, *Relazioni sindacali*, cit., p. 317.

[157] Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 151 ss.; L. Sgarbi, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Cedam, Padova, 2004, p. 145 ss.; M. Ricciardi, *I nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi contrattuali 1998-2001*, in *Lav. pubb. amm.*, 1999, p. 263 ss.

Gli effetti disastrosi dell'attuazione di tale modello, pur formalmente condivisibile, sono stati di tale portata che hanno indotto il legislatore ad intervenire e a porre limiti sulle risorse utilizzabili per le progressioni professionali dei dipendenti: con ciò cercando di evitare il rischio (ma non è detto che l'obiettivo sia stato realizzato) che i bilanci degli enti potessero essere assorbiti quasi esclusivamente dalle spese per le progressioni e che queste potessero avvenire a getto continuo; nonché di impedire aggiramenti delle modalità di calcolo delle risorse finanziare destinate a questa tipologia di costi dai contratti collettivi nazionali. Altro intervento restrittivo è stato quello della giurisprudenza costituzionale che ha fissato principi tali da porre argini, almeno potenziali, a tali sistemi di progressione ineluttabilmente portati, grazie alla mediazione sindacale, a favorire uno scivolamento generalizzato verso l'alto del personale delle varie amministrazioni, ad eliminare ogni reale forma di selezione, a valorizzare in modo assolutamente ingiustificato l'anzianità di servizio, e ad escludere gli accessi dall'esterno, tanto da compromettere i valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione[158]. Tuttavia, al momento, la limitazione delle progressioni dipende più che altro dalla crisi finanziaria che interessa il Paese e che si riverbera anche nelle disponibilità economiche delle singole amministrazioni. Anche se è vero che le critiche poc'anzi messe in evidenza hanno reso più responsabili molte amministrazioni nel gestire il sistema e hanno influenzato la stessa contrattazione collettiva nazionale di comparto che, già nella fase finale della seconda tornata contrattuale, ha quantificato in termini percentuali la quota di posti che, rispetto alle progressioni verticali per il personale interno, deve essere necessariamente riservata agli accessi dall'esterno[159]. Comunque, questa vicenda dimostra, senza alcun'ombra di dubbio, come l'ampliamento dello spazio negoziale possa - in assenza di un'amministrazione che agisca come un vero datore di lavoro privato e cioè che assuma una posizione realmente antagonista rispetto alle rivendicazioni sindacali - consentire alla contrattazione collettiva di "piegare l'organizzazione (degli uffici, del lavoro, delle competenze)" in "funzione prevalente dell'interesse dei dipendenti cui assicura spazi di carriera"[160]. Con ciò capovolgendo la nota massima – formulata da Massimo Severo Giannini - che "in principio sono le funzioni"[161] e solo dopo va considerato il problema dell'inquadramento del personale che si deve adattare all'organizzazione e non questa a quello[162].

Altri problemi del sistema negoziale riguardano soprattutto i tempi della contrattazione nazionale che, per varie ragioni, si sono allungati a dismisura determinando una situazione di fatto analoga a quella sotto il vigore della legge quadro: situazione che ne ha rappresentato uno dei più importanti motivi di crisi, inducendo il legislatore ad avviare il processo di privatizzazione. Sicuramente il nodo fondamentale è stato rappresentato dalla carenza di risorse che ha spinto il Governo a procrastinare il più possibile i rinnovi contrattuali e a dare il via libera solo in prossimità di scadenze elettorali. Il suddetto allungamento ha riguardato non tanto la fase delle trattative, bensì

---

[158] Su questi aspetti cfr., ampiamente, V. Talamo, *Le carriere collettive contrattate*, cit., p. 1053 ss.; S. Pasqua, *Ordinamento del personale e sviluppo professionale*, in *La riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 99 ss.

[159] Cfr. A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 158.

[160] V.Talamo, *Le carriere collettive contrattate*, cit., p. 1051.

[161] M.S. Giannini*, In principio sono le funzioni*, in *Scritti*, vol. IV, Giuffrè, 2004, p. 721 ss.

[162] Cfr. S. Cassese, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 292.

"il periodo medio di attesa degli atti d'indirizzo e di approvazione delle ipotesi d'accordo"[163]. E l'alterazione delle cadenze contrattuali ha provocato sia una perdita del potere d'acquisto dei salari sia molteplici effetti sistemici: di travolgere il sistema dei cicli negoziali ipotizzati dal Protocollo del 23 luglio 1993, nonché di fornire una giustificazione oggettiva alle richieste delle organizzazioni sindacali basate sull'egualitarismo più spinto e di spostare le risorse destinate ai rinnovi contrattuali nella parte fissa del salario, compromettendo il finanziamento del salario di produttività[164]. Bene s'è detto che "il paradosso di dover assegnare risorse per la qualità della prestazione riguardanti esercizi finanziari già da tempo archiviati è stato uno degli elementi di sofferenza del sistema"; e si aggiunge "anche di sofferenza personale per chi ha dovuto arrampicarsi sugli specchi per sostenere posizioni piuttosto improbabili al tavolo delle trattative: chi scrive può testimoniarlo"[165].

Peraltro, il faro che ha guidato, negli anni recenti, la politica governativa nel lavoro pubblico è stato quello della riduzione della spesa, anche se con improvvide eccezioni[166]. Ciò è stato realizzato con una sequela di interventi legislativi, iniziati con gli artt. 16 e 17 della legge 28 dicembre 2001, n. 488, che hanno appesantito le procedure contrattuali nazionali di ulteriori controlli rispetto alla versione originaria del d.lgs. n. 165/2001; e hanno ancora di più legato la contrattazione collettiva dei comparti diversi dalle amministrazioni dello Stato ai parametri previsti dalla legge finanziaria per le amministrazioni statali[167]. In particolare, il rigore s'è abbattuto sulla contrattazione collettiva integrativa di cui è stato circoscritto lo spazio economico; fino ad arrivare a limitare *ex auctoritate* l'ammontare complessivo delle dimensioni dei fondi disponibili per il finanziamento dei contratti collettivi integrativi[168].

Le tensioni del sistema di relazioni sindacali pubbliche si diffondono anche in capo agli organismi di controllo. È nota infatti la profonda insofferenza che gli attori negoziali manifestano nei confronti del ruolo svolto dalla Corte dei Conti in relazione alla certificazione della compatibilità economica e finanziaria dei contratti collettivi nazionali. Questo soprattutto perché la Corte dei Conti intraprende la sua opera quando già la trattativa è terminata e si è raggiunta un'ipotesi d'accordo: e le parti, fin dalla firma della medesima, partono dall'idea (invero presupposta, ma smentita dalla disciplina legale) che essa sia già del tutto definitiva[169]. Ma la Corte dei Conti rappresenta, al momento, l'unico vero soggetto, titolare del potere di controllo sulla contrattazione collettiva, che agisce in modo imparziale, senza cedere alle pressioni esterne. Il che è dimostrato dall'elevato numero di contratti collettivi nazionali che non sono stati certificati positivamente e per i quali s'è dovuto riaprire le trattative o adeguare la quantificazione dei relativi costi alle osservazioni della Corte dei Conti. E il primato della logica dello scambio politico ha avuto conferma quando

---

[163] M. Ricciardi*, Il lavoro pubblico: non si uccidono così anche le riforme?*, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, a cura di L.Mariucci, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 315 s. Cfr., ampiamente, R.Soloperto, *Il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro della dirigenza del comparto Regioni-Autonomie locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 308 ss.

[164] Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 25 ss.

[165] M.Ricciardi, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 317; cfr. V. Talamo*, Il lavoro pubblico*, cit., p. 25 ss.

[166] Cfr. L. Zoppoli, *La riforma della contrattazione collettiva vista dal versante del lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 317 ss.

[167] Cfr. V. Talamo, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 569 ss.

[168] Cfr. D. Iorio, *La contrattazione integrativa nel pubblico impiego per l'anno 2006*, in *Lav. pubb. amm.*, 2006, p. 45 ss.; G. D'Auria, *L'organizzazione, il lavoro pubblico e i controlli*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 257; C. Spinelli, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 361 ss.

[169] Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 21.

alcuni contratti sono stati definitivamente sottoscritti pur senza avere ottenuto la certificazione positiva della Corte dei Conti. Sicché, è probabile che la Corte dei Conti mantenga il suo atteggiamento rigoroso, specialmente attivando forme di controllo sulle amministrazioni competenti ad applicare contratti collettivi su cui la certificazione positiva sia stata faticosamente rilasciata, accompagnandola da numerose osservazioni, raccomandazioni e riserve; oppure (ma si tratta auspicabilmente di casi limite) non sia stata mai ottenuta. Però, è anche vero che in qualche recente certificazione, seppure positiva, si leggono osservazioni che lasciano trasparire una sorta di rassegnazione da parte dei giudici contabili nei confronti di modalità di comportamento degli attori negoziali che, pur di arrivare alla definizione di un'ipotesi di accordo, si accontentano di formulare istituti e clausole di difficile comprensione, se non del tutto oscuri e soprattutto che destano molteplici perplessità sul piano dell'attendibilità dei costi quantificati e della loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio[170]. Ed è emblematico che la Corte dei Conti, di fronte a contratti collettivi nazionali sottoscritti definitivamente dall'Aran, nonostante la certificazione negativa, invia referti al Parlamento in cui stigmatizza il comportamento della parte pubblica (non solo dell'Aran, ma soprattutto dei Comitati di settore) mettendo in luce come essa abbia tenuto in considerazione soltanto l'esigenza, tutta politica, di chiudere l'accordo[171].

Infine, può essere solo qui accennato che la frantumazione dell'attuale assetto della contrattazione collettiva (e, più in generale, dell'intero lavoro pubblico) potrebbe scaturire da alcune interpretazioni della riforma del Titolo V della Costituzione, attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2003, n. 3, che ha ampliato le competenze legislative regionali. Al momento però hanno prevalso le letture più prudenti[172]: sia perché v'è stato un relativo *self restraint* delle Regioni sia grazie alla Corte costituzionale che ha manifestato "una chiara preferenza per il centro, a dispetto della periferia" [173], mediante una sapiente manipolazione del nuovo testo dell'art. 117 Cost.

5. Quali prospettive?

Sicuramente le conclusioni non possono essere del tutto ottimiste, stante il quadro che si è disegnato nel corso di queste pagine. Però, è anche vero che alcune piccole soluzioni sono state suggerite. Intanto, bisognerebbe evitare le reciproche invasioni di campo tra legge e contrattazione collettiva nell'area delle rispettive competenze. Inoltre, va segnalato che, da un po' di tempo, si assiste ad un'interferenza della legge nell'ambito della regolazione delle condizioni di lavoro, per soddisfare interessi perdenti al tavolo negoziale. Così si osserva che "il Governo, quando non riesce ad imporre il suo punto di vista nella contrattazione collettiva, fissa con legge alcune regole,

---

170 Cfr. Corte dei Conti, sez. riun., 26 gennaio 2005, n. 4/CONTR/CL/05, p. 5 ss.

171 Cfr. Corte dei Conti, sez. riun., 27 settembre 2006, n. 41/CONTR/CL/06, p. 3 ss.: Id., sez. riun., 22 luglio 2003, n. 37/CONTR/CL/03, p. 3 ss.

172 Cfr. A. Garilli, *Le incerte prospettive del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Riforma del mercato del lavoro e federalismo*, a cura di C. La Macchia, Università degli Studi di Messina, Bagheria, 2005, p. 35 ss.; L. Zoppoli, *La riforma*, cit., p. 318 ss.; A. Viscomi, *Riflessioni minime su contrattazione integrativa e relazioni sindacali nel comparto degli enti locali*, in *Organizzazione e lavoro*, cit., p. 13 ss.

173 F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 543.

rendendole inattaccabili dai successivi contratti; a loro volta, i sindacati ottengono per legge risultati che non hanno avuto la forza di spuntare nella contrattazione collettiva"[174].

Su un piano più generale, l'unico modo di sganciare la contrattazione collettiva nel settore pubblico dal peso predominante della logica dello scambio politico è quello di completare il percorso faticosamente avviato con la privatizzazione del lavoro pubblico che implica un radicale mutamento culturale e comportamentale dei suoi protagonisti[175]. Vanno quindi allontanati ancora di più gli attori politici dai tavoli della contrattazione e va enfatizzata la piena responsabilità della dirigenza amministrativa in relazione ad obiettivi e risultati. Quanto alla contrattazione collettiva nazionale, si dovrebbe provare ad aumentare l'indipendenza dell'Aran, legando la sua azione a budget predeterminati senza alcuna possibilità di modifiche *in itinere*, ma gestibile con autonomia da parte di questa. Si può anche immaginare un complesso di premi per i componenti dell'Aran, qualora si giunga alla stipula di contratti nazionali valutati positivamente da un apposito organismo indipendente. Semmai, è possibile escogitare un sistema di finanziamento dei contratti collettivi nazionali che, opportunamente, non sia del tutto visibile alle controparti sindacali: in modo da immettere un tipico incentivo della contrattazione dell'area privata[176].

In relazione ai patologici ritardi nei rinnovi dei contratti collettivi nazionali, si tratta di vedere l'effetto concreto dell'annunciata novella contenuta nella legge Finanziaria per il 2007: che dovrebbe intervenire solo nella direzione di ancorare a tempi certi il controllo sulle ipotesi di accordo delle amministrazioni diverse dallo Stato, esercitato dal Governo, alla stregua dell'art. 47, comma 3 del d.lgs. n. 165/2001. Resta invece del tutto indefinita temporalmente la fase preliminare all'avvio del negoziato: che concerne la formulazione dell'atto di indirizzo all'Aran da parte del Comitato di settore e il preventivo controllo su di esso, da parte del Governo, in base all'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, se l'atto d'indirizzo attiene ad amministrazioni diverse dallo Stato. Ma anche a questo proposito andrebbe modificata la disciplina in modo tale da inserire sanzioni negative e positive volte a spingere gli organi competenti a rispettare le cadenze contrattuali. Ma v'è di più. Posto che la normativa vigente (già l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 165/2001) vincola i Comitati di settore delle amministrazioni diverse dallo Stato, nel quantificare gli oneri sostenibili per i rinnovi contrattuali, a procedere in coerenza con i medesimi parametri previsti per le amministrazioni statali, è evidente che il punto nevralgico su cui va concentrata l'attenzione è costituito dall'accelerazione delle modalità di finanziamento dei rinnovi contrattuali per i comparti statali. Peraltro, è necessario affermare il principio che la certificazione negativa della Corte dei Conti sull'ipotesi di contratto produce effetti impeditivi della definitiva sottoscrizione.

Riguardo alla contrattazione integrativa, e riprendendo la lezione di Massimo Severo Giannini, la storia ha dimostrato che non può essere riformata la pubblica amministrazione considerando solo i problemi relativi al personale, dovendo invece partire prioritariamente dal riassetto

---

174 G. D'Auria, *L'organizzazione,* cit., p. 258, e *ivi* molteplici esempi.

175 Cfr. le illuminanti considerazioni di M. D'Antona, *Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001: verso l'Europa a più velocità?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 779 ss.; Id., *Contratti nuovi e contraenti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti collettivi pubblici*, *ivi*, 1999, p. 493 ss.

176 Cfr. G. D'Auria, *Corte dei Conti e contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *I contratti collettivi di comparto, Commentario*, diretto da F. Carinci, tomo I, Giuffré, Milano, 1997, p. 60 ss.; U. Romagnoli, *Ripensare l'Aran*, *in Lav. pubb. amm.*, 1999, p. 29 ss.

dell'organizzazione[177]; ma anche che non può essere imposto un adattamento di quest'ultimo ai mutamenti organizzativi a colpi di norme legali e contrattuali senza alcuna sua spontanea partecipazione alle trasformazioni programmate[178]. È in troppo nota l'esperienza di come importanti riforme siano state di fatto svuotate e annichilite dalla "resistenza sorda della burocrazia"[179]. Invero, "nella pubblica amministrazione, come in tutte le organizzazioni di servizi, a parità di tecnologia è il personale a costituire la risorsa critica per il conseguimento di livelli soddisfacenti di qualità ed efficienza"; e "da ciò deriva il ruolo strategico della direzione del personale"[180]. Nell'ambito di una moderna politica di gestione del personale, orientata ai risultati e non più imperniata sul modello burocratico, la contrattazione collettiva integrativa costituisce uno strumento fondamentale, seppure non l'unico[181].

Sul piano pratico, va detto che esistono, come dimostrano alcune ricerche, anche esperienze virtuose, dove opera una cultura dell'innovazione organizzativa, assente nella maggior parte dei casi[182]. Così, bisogna diffondere tale atteggiamento, facendo sì che le pubbliche amministrazioni imparino ad agire avendo come modello i casi di maggiore efficienza, senza essere gravate dal peso, e dalla maggiore pubblicità, dei casi peggiori. Bene s'è detto che va contraddetta "l'opinione diffusa secondo cui esisterebbe una sorta d'alternativa secca tra l'affermarsi dell'innovazione e il metodo del consenso: si rileva invece che nelle realtà dinamiche anche la contrattazione sembra in grado di superare i conservatorismi e le spinte egualitarie, rendendo possibili e legittimando anche le differenziazioni per merito". E il dato caratterizzante le situazioni dinamiche è "che esse non limitano la gestione del personale all'applicazione più o meno fedele del contratto nazionale, o alla contrattazione integrativa, ma ricorrono all'utilizzo di moderni strumenti di gestione del personale, tendenti a creare cooperazione ed integrazione, e più in generale benessere organizzativo"[183].

In questa prospettiva, è decisivo trovare strumenti tali da rompere il circuito politico-elettorale così intenso in ogni momento delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico, e maggiormente visibile in sede locale: laddove il dipendente pubblico assume la doppia veste di lavoratore ed elettore che porta l'attore politico a tenere conto soprattutto, se non esclusivamente, della seconda

---

[177] Cfr. M.S. Giannini, *Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego*, in *Scritti in onore di Mario Nigro*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1991, p. 168 ss.; S. Cassese, *I problemi del personale posti a raffronto con le soluzioni*, in *Cons. Stato*, 1991, II, p. 651.

[178] Cfr. G. D'Alessio, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, diretto da F. Carinci, Giuffrè, Milano, 1995, p. 288 ss.; G. Della Rocca, *Contrattazione*, cit., p. 280 ss.; S. Cassese, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini,* in *Giorn.dir.amm.*, 2000, p. 100.

[179] G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 529.

[180] A. Camuffo, *Organizzazione e risorse umane per la nuova pubblica amministrazion*e, in *Lav. dir*., 1995, p. 677.

[181] Cfr. M. Ricciardi, *Riflessioni*, cit., p. 616; G. Della Rocca, *Contrattazione*, cit., p. 294 ss.; A. Camuffo, *Organizzazione*, cit., p. 686 ss.; L. Bordogna, *Gestione delle risorse*, cit., p. 86 ss.; N. Giannone, *La contrattazione integrativa in affanno sulla progettualità*, in *Guida al Pubblico impiego*, *Il Sole 24 Ore*, n. 11, 2006, p. 26 ss.

[182] Cfr. le ricerche citate da M. Ricciardi, *La contrattazione collettiva*, cit., 643 ss.; e Id., *Le relazioni sindacali*, cit., p. 276 ss.; e da G. Della Rocca-M. Ricciardi, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nel pubblico impiego*, in *Le relazioni industriali dopo il 1993*, a cura di C. Dell'Aringa-S. Negrelli, Angeli, Milano, 2005, p. 217 ss.

[183] Entrambe le citazioni da M. Ricciardi, *Le relazioni sindacali*, cit., p. 278. In particolare, cfr. *L'innovazione imperfetta. Casi di contrattazione integrativa negli enti locali*, a cura di M. Carrieri-M. Ricciardi, Il Mulino, Bologna, 2006.

componente[184]. Per fare ciò, bisogna escogitare criteri e modelli in grado di distanziare sempre più la politica dall'amministrazione concreta, pur garantendo alla prima i poteri d'indirizzo e controllo. E qui si ripropone la questione della dirigenza amministrativa che è stata interessata da interventi normativi che ne hanno fortemente compromesso la possibilità di una reale autonomia operativa[185]. Il che dovrebbe indurre ad apportare quelle innovazioni tali da ristabilire l'equilibrio tra politica e amministrazione, favorendo le condizioni affinché la dirigenza abbia uno specifico e concreto interesse al buon andamento dell'amministrazione[186].

Ma è necessario fare di più. L'autoreferenzialità della pubblica amministrazione può essere frantumata solo, come poc'anzi si accennava, continuando il percorso della riforma avviata negli anni novanta, la cui linea portante era e resta quella di attivare "circuiti di responsabilità": e cioè di fare sì che tutti gli attori che agiscono in quella scena svolgano il proprio ruolo, assumendosene totalmente le responsabilità[187]. Di fronte al perenne risorgere di pratiche consociative e clientelari, che invece confondono ruoli e responsabilità, vanno incrementati, nelle pubbliche amministrazioni, tutti gli equivalenti funzionali all'azione di stimolo che il mercato esercita nei confronti dell'impresa privata. Ma il proseguimento della diffusione della logica manageriale all'interno delle amministrazioni pubbliche va accompagnata all'adozione di una strategia integrata. Essa dovrebbe mirare all'innervamento di relazioni inclusive e dialogiche tra i vari soggetti coinvolti dall'azione amministrativa; all'attivazione di processi di costruzione di una solida etica pubblica e di radicale mutamento culturale dei protagonisti della vita delle amministrazioni; alla diffusione di tecniche di controllo dal basso e di partecipazione motivata e consapevole dei dipendenti all'attività lavorativa; all'ampliamento delle forme di cittadinanza amministrativa e dei diritti degli utenti alla qualità e all'efficienza dei servizi pubblici[188].

A proposito di quest'ultimo profilo, resta imprescindibile trovare le soluzioni più adeguate per fare sì che gli utenti, i cittadini elettori non dipendenti, possano avere la reale possibilità di attivare "circuiti di responsabilità" nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Orbene, vanno proseguiti (ma anche disegnati *ex novo*) tutti quegli interventi concentrati sull'obiettivo di edificare "un'amministrazione al servizio del cittadino e degli utenti, *consumer oriented*, operante non solo

---

184 Cfr. V. Talamo, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 53; F.M. Macioce, *Le relazioni sindacali*, cit., p. 136 e p. 148; U. Romagnoli, *La fase 2 della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, t. II, Cacucci, Bari, 1999, p. 1016.

185 Cfr. G. D'Auria, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1149 ss.; S. Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1341 ss.; G. D'Alessio, *La legge di riordino della dirigenza pubblica: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, p. 213 ss.; Id., *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, *ivi*, 2005, p. 445 ss.

186 Cfr. le indicazioni di A. Garilli, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 115 ss.; S. Cassese, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, p. 231 ss.; Id., *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, *ivi*, 2005, p. 1039 ss.; C. D'Orta, *I dirigenti pubblici: custodi della legalità o managers*, *ivi*, 2005, p. 1035 ss.; G. D'Alessio, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, *ivi*, 2006, p. 575 ss.

187 F. Liso, *La privatizzazione*, 2° ed., cit., p. 181 ss.; e già A. Orsi Battaglini, *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *Lav. dir.*, 1989, p. 578 ss.; M. Rusciano, *Rapporto di lavoro "pubblico" e "privato". Verso regole comuni?*, *ivi*, 1989, p. 392 s.

188 Cfr. P. Ginsborg, *L'Italia del tempo presente*, Einaudi, Torino, 1998, p. 423 ss.

nell'interesse pubblico, ma nell'interesse del pubblico"[189]. D'altra parte, "il vero e legittimo titolare della cosa pubblica e delle sue risorse"[190] è il cittadino; e pertanto egli ha il diritto di pretendere che l'amministrazione sia orientata al suo servizio[191]. Pertanto, "la soddisfazione delle istanze e dei bisogni dei cittadini" si pone come "il fondamentale risultato da conseguire nello svolgimento di quell'attività di cura degli interessi pubblici, che rappresenta il naturale riferimento funzionale, anzi, la stessa motivazione che giustifica l'esistenza delle amministrazioni pubbliche in quanto tali"[192]. E ciò va realizzato con riforme, anche radicali, che non ascoltino più le "voci di dentro" o finanche le "voci amiche" degli apparati pubblici[193], ma che si orientino esclusivamente verso la cura degli interessi generali della collettività, sviluppando meccanismi tali che la voce del pubblico e dell'utenza possa trovare riscontro. Per esempio, andrebbero introdotte effettive misure di penalizzazione per le amministrazioni che non legano gli incrementi retributivi per il proprio personale all'aumento della qualità dei servizi o a risparmi di altre spese correnti: indicatori da accertare da organi terzi, formati con una presenza significativa di soggetti esponenti degli interessi dell'utenza ed effettivamente spronati a fare scattare responsabilità e a valorizzare i meriti reali[194].

Beninteso, pensare che la spinta ad un uso riformatore della disciplina legale e dello strumento contrattuale possa venire esclusivamente dagli attori politici e sindacali nonché dal corpo burocratico del mondo delle pubbliche amministrazioni è mera illusione. Prendendo a prestito un'eloquente frase di Umberto Romagnoli si può dire che "la 'razza padrona' non può sedersi intorno al tavolo contrattuale per trattare la propria estinzione"[195].

---

[189] S. Cassese, *La riforma amministrativa all'inizio della quinta Costituzione dell'Italia unita*, in *Foro it.*, 1994, III, p. 250. Cfr. A. Zucaro, *L'attuazione della riforma del pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 832 ss.; U. Romagnoli, *La fase 2*, cit., p. 1012 ss.; M. Rusciano, *Utenti senza garanti*, *Lav. dir.*, 1996, p. 39 ss.

[190] A. Orsi Battaglini, *Impiego pubblico*, cit., p. 580 ss.

[191] Cfr. F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 36.

[192] G. D'Alessio, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, diretto da F. Carinci, Giuffrè, Milano, 1995, p. 293 s.; U. Romagnoli, *La fase 2*, cit., p. 1013.

[193] Cfr. S. Cassese, *Lo stato*, cit., p. 100; G. D'Alessio, *Nuove norme*, cit., p. 455 ss.

[194] Cfr. G. D'Auria, *L'amministrazione centrale*, in *Giorn.dir.amm.*, 2005, p. 371.

[195] U. Romagnoli, *Dieci tesi sul pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 750.

La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*

Alessandro Garilli

1. Premessa 63

2. La funzione dell'art. 97 Cost. nel contesto della privatizzazione 63

3. La preposizione del dirigente agli uffici: ripubblicizzazione o neocontrattualizzazione? 66

4. Alcuni punti di sofferenza: a) reclutamento e carriera; b) i rapporti flessibili. 69

5. Osservazioni critiche su una proposta provocatoria: il licenziamento collettivo per scarso rendimento. 72

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 49/2007

1. Premessa

La privatizzazione del pubblico impiego continua ad essere oggetto di un'alluvionale e rapsodica produzione legislativa, non sempre coerente con l'impianto originario della riforma, e per lo più indirizzata verso il contenimento e il controllo della spesa mascherati da intenti di razionalizzazione organizzativa. Mosso da questa pur legittima esigenza, il legislatore degli ultimi anni ha però operato allontanandosi dal principio dell'uniformazione tra lavoro pubblico e lavoro privato con una disciplina speciale (ad esempio in materia di rapporti di lavoro flessibili, di contratti a contenuto formativo, di contratti di somministrazione) fortemente criticata.

Un altro filone di intervento ha riguardato la dirigenza, anche qui senza un'organica revisione della materia, ma piuttosto con operazioni contraddittorie sui meccanismi che presiedono alla preposizione agli uffici e sul c.d. *spoils system*.

Di fronte a tale confusione si spiegano le tensioni che percorrono la giurisprudenza e l'esigenza da molti avvertita di una nuova sistematizzazione dell'intera materia. Fare il punto sullo stato dell'arte può essere pertanto di qualche utilità. Questo breve scritto intende affrontare, senza presunzione di completezza, alcuni temi al centro del dibattito. Resta fuori dall'analisi la contrattazione collettiva, che costituisce oggetto d'indagine in altro scritto pubblicato in questo numero della Rivista.

2. La funzione dell'art. 97 Cost. nel contesto della privatizzazione

In primo luogo, il punto nevralgico, non ancora univocamente risolto in dottrina e in giurisprudenza, è quello relativo alle modalità di attuazione nel nuovo sistema dei principi contenuti nell'art. 97 Cost.: vale a dire se ed entro quali limiti il principio di funzionalizzazione dell'agire della p.a. coesista con la privatizzazione del rapporto e la contrattualizzazione delle fonti. Qualche breve considerazione di carattere generale può essere utile per chiarire i termini della questione.

Secondo la risalente lettura tradizionale del pubblico impiego, il vincolo di scopo che caratterizza l'organizzazione amministrativa, indirizzata alla cura di interessi altrui, essenziali per la collettività e quindi generali, informa non solo la specializzazione delle competenze all'interno degli uffici, ma anche il substrato materiale necessario allo svolgimento delle attività pubbliche, e cioè la divisione del lavoro e gli aspetti più significativi del rapporto di lavoro [(1)].

Così il perseguimento degli interessi generali è stato da sempre affidato a strutture organizzative composte stabilmente ed istituzionalmente da una minoranza di persone appositamente reclutate e destinate a questo scopo; di guisa che, secondo l'opinione consolidata, si crea uno stretto nesso tra la struttura organizzativa e la soddisfazione degli interessi generalizzati [(2)].

Di per sé questa concezione non esclude che l'amministrazione, specie quella erogatrice di servizi, possa essere governata secondo tecniche proprie dell'impresa privata; ed infatti non mancò chi, anche a livello politico, già tra il secondo e il terzo decennio del '900 auspicò un metodo Taylor

---

(1) E. Ghera, *Rapporto di lavoro e burocrazia nel pubblico impiego*, in *RDL*, 1970, I, p. 144 ss.

(2) G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1966.

del governo e dell'amministrazione. Insomma lo Stato moderno, "poiché è un'impresa al pari di una fabbrica" deve essere sottoposto alle regole dell'economia. Del resto, anche nel diritto privato si rinvengono istituti in cui assume rilevanza il nesso tra struttura organizzativa e soddisfazione di interessi generalizzati [3].

Sotto quest'aspetto si può a ragione sostenere che il potere organizzativo è strutturalmente identico (o quantomeno simile) sia nelle imprese che nelle pubbliche amministrazioni, in quanto in entrambe l'organizzazione, rivolta nel suo insieme al raggiungimento di uno scopo unitario (il profitto, l'interesse pubblico), riguarda l'apparato (aziendale o amministrativo), la gestione del lavoro per il raggiungimento del risultato complessivo, la disciplina dei rapporti di lavoro.

Quindi il potere organizzativo "implica sia decisioni concernenti la struttura, sia decisioni ... concernenti lo svolgimento delle singole prestazioni" (potere di conformazione della prestazione, potere direttivo, *jus variandi*) [4].

Tuttavia l'amministrazione non è un soggetto economico tenuto al rispetto delle regole del mercato, ma intrinsecamente politico, cioè mosso dall'esigenza di perseguire interessi pubblici. E non è dato presumere che, in assenza di regole giuridiche, prevalga l'interesse ad operare per il miglior risultato. Inoltre, accanto all'esigenza di efficienza, si pone la necessità di garantire l'amministrazione dall'ingerenza del potere politico. Da qui la separazione tra governo e amministrazione, introdotta con il principio di autorganizzazione, il quale però non esclude che gli organi di governo siano anche organi di vertice dell'amministrazione. Da qui, inoltre, il potere di indirizzo e di controllo del parlamento sulla spesa pubblica.

Il punto cruciale consiste allora nello stabilire il giusto dosaggio di regole giuridiche che garantiscano il funzionamento dell'amministrazione e il raggiungimento degli obiettivi rivolti alla tutela degli interessi pubblici. Ciò con riferimento sia alla natura delle regole sia alla loro quantità. Stella polare che guida il giurista alla ricerca di questo percorso è la Carta costituzionale, la quale indica non solo le garanzie dell'amministrazione nei confronti del governo, ma anche le garanzie della collettività nei confronti dell'amministrazione e pone a canone dell'attività di organizzazione (giuridicamente rilevante) i principi di buon andamento e imparzialità.

Sia pure nella sua equivocità semantica, il buon andamento non è soltanto una regola formale rivolta alle modalità dell'organizzazione, ma sostanziale dell'azione amministrativa. Vero è che il principio ha radici non giuridiche, e si ispira a criteri tecnici ricavabili dalle scienze aziendali e dalla scienza dell'amministrazione, ma esso ha forti implicazioni giuridiche, indirizzando la discrezionalità legislativa (l'art. 97 Cost. finalizza la riserva di legge al buon andamento e all'imparzialità), l'organizzazione degli uffici e l'attività amministrativa, ed infine (ed è questo il punto più controverso dopo la privatizzazione) almeno parte dell'organizzazione del lavoro e della disciplina del pubblico impiego [5].

---

[3] V. Frosini, *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio*, in *Rass DC*, 1964, I, p. 1940 ss.

[4] C. D'Orta, *Il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche tra diritto pubblico e diritto privato*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, tomo I, II ed., Milano, 2000, p. 89 ss.

[5] G. D'Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, l993.

La dottrina traduce l'espressione con il termine efficienza [6], convenendo che implica "mezzi giuridici elastici per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata" [7]. Si tratta di un'accezione specifica della produttività, collegata non alla produzione di beni e servizi fornita dal singolo lavoratore nell'àmbito di un arco di tempo determinato, ma all'ottimale rapporto tra le risorse impiegate e i risultati ottenuti. Di conseguenza, e coerentemente con le argomentazioni della Corte costituzionale (sentenza n. 313 del 1996; sentenza n. 275 del 2001; ordinanza n. 11 del 2002) le norme di organizzazione e del rapporto di lavoro non necessariamente devono essere di diritto pubblico.

Vi è dunque un "confine mobile" affidato al legislatore nella scelta tra regime privatistico e pubblicistico per la regolamentazione dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro [8]. In altri termini, riserva di legge e perseguimento dell'interesse generale non significano riserva assoluta di regime pubblicistico. La Costituzione, infatti, lascia al legislatore, come messo in evidenza da un'attenta dottrina [9], ampia possibilità di scelta del regime giuridico da applicare sia alle materie (o porzioni di materie) che riguardano l'organizzazione amministrativa in senso stretto, sia alla zona grigia che penetra nell'organizzazione del lavoro, sia infine alla disciplina del rapporto.

Tuttavia, l'opzione per il regime di diritto privato deve essere accompagnata da strumenti idonei "per la verifica della corrispondenza dell'esercizio del potere organizzativo al principio di buon andamento modernamente inteso" [10]; vale a dire da meccanismi di controllo e misure di responsabilità diretti a valutare l'attività organizzativa nel suo complesso e a sanzionare gli esiti negativi della gestione e il mancato raggiungimento degli obiettivi predeterminati dall'organo politico. Il controllo di legittimità sugli atti, affidato *a posteriori* al giudice amministrativo (ché quelli preventivi esercitati dalla Corte dei Conti sono stati eliminati dalla legge n. 20 del 1994), cede il passo a controlli rivolti a verificare l'efficienza (anche in termini di qualità dei servizi e delle prestazioni) e il contenimento dei costi pubblici (Corte cost. n. 60 del 1991).

Il buon andamento è strettamente connesso con il canone dell'imparzialità (intesa come parità di trattamento o come principio di non discriminazione), la quale non è, a differenza del primo, principio elastico, ma rigido, poiché impone una precisa modalità di esercizio al potere di autorganizzazione. Si tratta dunque di un limite esterno condizionante il potere amministrativo che interessa soprattutto le amministrazioni autoritative, ma che, con la precedente disciplina di diritto pubblico, ed oggi con alcune norme speciali del d. lgs. n. 165 del 2001, si proietta anche nell'amministrazione del rapporto.

La Costituzione, inoltre, pur ribadendo la concezione garantista della burocrazia – in materia di parità di accesso agli uffici pubblici, di concorso pubblico, di organizzazione degli uffici e distribuzione delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, di posizione speciale dell'impiegato

---

[6] M. S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *RTDP*, 1952, p. 286 ss.

[7] M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1966.

[8] P. Caretti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino,1994.

[9] A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 461 ss.

[10] A. Corpaci, *La revisione del d. lgs. n. 29 del 1993 con riferimento al sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro e dell'organizzazione degli uffici e ai relativi riflessi di ordine giurisprudenziale*, in D'Antona M., Mattini P., Talamo V. (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma delle pubbliche amministrazioni (1997-1998)*, Milano, 2001.

perché al "servizio della Nazione" e quindi al riparo da interferenze politiche di parte (artt. 51, 97 e 98 Cost.) — postula una lettura coordinata dei principi speciali con l'insieme delle norme che regolano i diritti dei cittadini e dei lavoratori in ordine alla loro partecipazione alla vita politica economica e sociale del Paese. Da ciò consegue che un eventuale regime di separatezza del corpo burocratico, vuoi sotto il profilo della scelta della fonte di disciplina, vuoi sotto quello della specialità della normativa, rispetto al lavoro privato, deve risultare giustificata dall'esigenza di garantire il raggiungimento dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è protesa e di "proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte" [(11)]. Il sistema costituzionale, dunque, non consente una regolamentazione separata del pubblico impiego se non nei punti in cui essa risulti strumentale al perseguimento dell'interesse generale.

È perciò necessaria una verifica sull'essenzialità della disciplina speciale (pubblica o privata che sia) e sulla sua compatibilità, in termini di bilanciamento, con i principi ricavabili da altre disposizioni costituzionali che tutelano il lavoro nelle sue espressioni individuali e collettive. E non solo costituzionali: perché se tra i principi della riforma campeggia quello della riconduzione del rapporto e dell'organizzazione del lavoro al diritto privato, privilegiando la fonte del contratto collettivo [(12)], tutte le deviazione rispetto alla disciplina comune vanno sottoposte al filtro dell'art. 97 Cost., e, qualora non risultino giustificate dal perseguimento dell'efficienza e dell'imparzialità potrà sollevarsi questione di legittimità costituzionale per irragionevolezza della disciplina speciale e incoerenza col sistema.

3. La preposizione del dirigente agli uffici: ripubblicizzazione o neocontrattualizzazione?

Il problema della funzionalizzazione ci conduce immediatamente a uno dei nodi più delicati della riforma, la dirigenza. Qui l'aspetto controverso riguarda il rapporto tra (organo di) indirizzo e (soggetto preposto alla) gestione; e ciò non soltanto nel profilo più volte disinvoltamente affrontato dal legislatore (statale in primo luogo, ma anche regionale) del c.d. *spoils system*, ma anche per quanto attiene alle forme e ai modi della preposizione del dirigente alle funzioni, specie se trattasi di funzioni di alta amministrazione.

È fuor di dubbio che l'art. 97 Cost. abbia diretta incidenza sul sistema delineato dal legislatore della riforma per individuare l'oggetto del contratto dirigenziale, oggetto variabile in relazione all'incarico di volta in volta attribuito sulla base di una fattispecie complessa costituita da un provvedimento unilaterale di conferimento e dal successivo contratto ad esso collegato.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione ormai consolidata sul punto e una parte consistente della dottrina [(13)] l'atto di nomina che precede il contratto avrebbe natura schiettamente privatistica, trattandosi di determinazione di carattere organizzativo gestionale. Tale atto, poiché applicativo di quanto stabilito dalle norme di macro-organizzazione, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, in materia di configurazione strutturale e di potere conferito ai pubblici uffici, riguarderebbe la sola preposizione alla funzione pubblica. Così che la sfera di potere non

---

(11) G. Pastori, *Burocrazia (voce)*, in *Digesto IV, disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 403 ss.

(12) Corte cost., sentenza 20 luglio 2006, n. 308, v.la in *LPA*, 2006, p. 706 ss., con nota di M. Montini; cfr. anche Cass., sentenza 5 luglio 2006, n. 14193.

(13) Cfr. da ultimo, anche per i riferimenti alla dottrina, A. Boscati, *Il dirigente dello Stato*, Milano, 2006, p. 231 ss., e per la giurisprudenza Cass., sentenza 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004, 153 ss; Cass., sentenza 22 febbraio 2006, n. 3880.

deriva direttamente dall'atto di conferimento, ma dalla legge e da atti di formazione secondaria che definiscono la struttura e la funzione dei vari uffici.

La distinzione tra macro e micro-organizzazione amministrativa ricondurrebbe pertanto il provvedimento di incarico ad un atto unilaterale posto in essere con i poteri privati, con la funzione di individuare la durata della preposizione e il contenuto del rapporto; questi elementi sono poi trasfusi senza possibilità di modifiche (*ex lege* n. 145/2002) nel contratto a cui è demandato il solo compito di determinare il trattamento economico. La questione è controversa perché nessuno degli argomenti portati a sostegno della tesi della privatizzazione del provvedimento d'incarico è risolutivo.

Non è questa la sede per analizzare le diverse opinioni. È però forse utile dare conto della recentissima sentenza della Corte costituzionale, sentenza n. 233 del 16 giugno 2006 [(14)] che ha valutato varie questioni di legittimità delle leggi delle Regioni Calabria e Abruzzo, nelle parti in cui prevedono l'estensione della decadenza automatica degli incarichi dirigenziali al momento della data di insediamento di nuovi organi rappresentativi, al di là dei limiti disposti dalla legge statale.

Uno dei motivi di impugnazione di queste leggi riguardava la lesione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di "ordinamento civile" (art. 117, comma 2, lett. L, Cost.), in quanto la decadenza dall'incarico avrebbe inciso sul rapporto di lavoro di diritto privato.

La Corte sottolinea che la disciplina degli incarichi, e quindi lo *spoils system*, riguarda, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., "l'organizzazione amministrativa delle Regioni, comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale, da esercitarsi nel rispetto dei 'principi fondamentali di organizzazione e funzionamento' fissati negli statuti (art. 123 Cost.)". Siamo pertanto nell'àmbito della competenza esclusiva, estranea all'obbligo del rispetto dei principi fondamentali disposti dal legislatore Statale vincolanti per le Regioni (art. 117, comma 3, Cost.). L'atto del conferimento e quello di decadenza dall'incarico attengono al momento dell'organizzazione e costituiscono provvedimenti amministrativi (ciò non è espressamente detto, ma è implicito nel discorso della Corte), mentre la cessazione degli effetti del contratto non è altro che una conseguenza del venir meno della sua causa, secondo i principi del diritto civile.

La Corte, dunque, aderisce alla tesi della doppia natura della fattispecie complessa costituita dall'atto unilaterale di incarico e dal successivo contratto, e smentisce il diverso avviso della Cassazione.

È difficile peraltro ipotizzare che quest'ultima cambi a breve opinione, non essendo vincolata alla pronuncia della Consulta che sul punto assume quasi il carattere di un *obiter*.

È certo però che l'opzione interpretativa della Cassazione, a cui ormai si sono conformati i giudici di merito, conduce al rafforzamento del carattere fiduciario dell'incarico. Infatti, la sua (asserita) natura privatistica rende inapplicabili al provvedimento le disposizioni sul procedimento amministrativo, in particolare quelle di cui alla legge n. 241 del 1990 (e successive modificazioni), e il controllo di legittimità, specie sotto il profilo dell'eventuale vizio di eccesso di potere.

[(14)] V.la in *LPA*, 2006, p. 679 ss., con nota di G.L. Giardini, e p. 692 ss. con nota di R. Salomone.

Da ciò consegue che l'unico controllo consentito sull'esercizio del potere è limitato ai principi di correttezza e buona fede, in ultima analisi ritenuti violati soltanto di fronte a motivi *lato sensu* discriminatori, diretti a favorire arbitrariamente gli interessi di un candidato.

In effetti, anche a volere ritenere che la riforma non ha comportato un arretramento delle soglie di tutela dei dipendenti pubblici, in quanto anche in un contesto privatistico è garantita l'osservanza delle regole sostanziali e procedurali stabilite dalle diverse fonti legali e contrattuali e filtrate attraverso i principi delle clausole generali di correttezza e buona fede [(15)], nel caso degli incarichi dirigenziali la questione centrale non riguarda la sola garanzia dei diritti dei lavoratori, ma soprattutto l'interesse alla correttezza della scelta in vista della funzione pubblica a cui il dirigente è preposto. Emergono qui tutti i limiti di un controllo esercitato *ex post*, cioè a consuntivo dell'attività svolta, attraverso la valutazione dei risultati raggiunti dai dirigenti, affidati a nuclei la cui composizione dovrebbe garantire la serietà e l'imparzialità dell'esame.

Non solo in concreto il meccanismo ha funzionato poco e male a causa della genericità degli obiettivi indicati nel provvedimento di incarico e del "buonismo" dei nuclei di valutazione, ma anche in astratto il sistema lascia perplessi. Infatti esso postula una democrazia matura in cui la collettività degli elettori sceglie i candidati alle cariche pubbliche sulla base di un programma e li conferma o li sostituisce a seconda che questo sia o non sia stato realizzato. Il rapporto discendente tra corpo elettorale, organi di indirizzo politico amministrativo e organi di gestione dovrebbe quindi garantire il perseguimento degli obiettivi. Non v'è chi non veda che nel nostro bel Paese tale rapporto difficilmente si realizza.

Se pertanto non si vuole lasciare all'arbitrio del soggetto politico-istituzionale la scelta del dirigente (apicale), una possibilità di controllo sui requisiti e le competenze deve essere riconosciuta; e forse sarebbe il caso di pensare di affidare tale compito a un organismo "terzo", una sorta di autorità indipendente, che esprima un giudizio preventivo sulla rosa di candidati, tra i quali poi effettuare la nomina fiduciaria, secondo il modello che è previsto dal d. lgs. n. 502 del 1992 per il conferimento degli incarichi di struttura complessa ai dirigenti sanitari. Qui la commissione di tecnici formula un elenco di idonei dal punto di vista delle qualità professionali, e tra questi il direttore generale sceglie fiduciariamente ma con atto motivato il soggetto da nominare.

Non si può invero riconoscere alla generale selezione concorsuale per l'accesso alla dirigenza una sufficiente capacità valutativa in relazione all'ampia gamma di incarichi che possono essere assegnati. Il correttivo proposto invece consentirebbe un più adeguato equilibrio tra imparzialità e buon andamento da una parte, e fiduciarietà dall'altra, oggi risolto tutto a favore della seconda.

Posta in questi termini la soluzione del problema non è risolta compiutamente dall'opzione sulla natura dell'incarico. E neppure riprospettando la pubblicizzazione della dirigenza, tutta intera secondo le indicazioni a suo tempo formulate da Massimo Severo Giannini, o soltanto di quella "alta", come era previsto nella prima fase della riforma. Qui la soluzione al tema viene a complicarsi a causa delle diversità della dirigenza, la quale non appare affatto monolitica come il legislatore ha inteso configurarla, ma risulta diversamente articolata sul piano funzionale a seconda sia della tipologia degli enti, sia delle posizioni rivestite dai soggetti preposti agli incarichi (dirigenza di vertice legata alle direttive politiche, dirigenza tecnico-operativa).

[(15)] C. Zoli, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore: privato e pubblico a confronto*, in *RD pubbl.*, 1997, p. 369.

La ripubblicizzazione dovrebbe essere a tutto concedere solo parziale, limitata alla dirigenza preposta a funzioni pubbliche (uffici - organo) e "agli uffici di maggiore rilevanza" di cui parla l'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001 [16]. Ed avrebbe il pregio di sottrarre questa dirigenza, che rappresenta ed agisce da datore di lavoro, dalle pressioni sindacali e dal giogo del contratto collettivo.

Tuttavia il problema del corretto funzionamento non riguarda soltanto l'alta dirigenza burocratica, ma anche quella di primo livello e, più in generale, la dirigenza preposta a strutture destinate all'erogazione di servizi alla collettività. Si pensi al caso già ricordato della sanità: qui rileva la tutela del bene salute che può anche richiedere scelte politiche generali e di indirizzo, ma che presuppone poi competenze tecniche specialistiche. Non è immaginabile, perché inopportuno, pubblicizzare anche questa larga fascia; piuttosto il suggerimento è quello di abolire il sistema misto (incarico e contratto) e introdurre elementi procedurali nella fase della scelta, che garantiscano l'equilibrio tra imparzialità/professionalità da un lato, e fiduciarietà dall'altro. Superata la fase precontrattuale della scelta, va poi data centralità al contratto, che deve tornare a svolgere il ruolo prefigurato dal legislatore prima della riforma del 2002, e garantire l'impegno dell'amministrazione a fornire al dirigente risorse umane e finanziarie in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi concordati [17].

4. Alcuni punti di sofferenza: a) reclutamento e carriera; b) i rapporti flessibili

Con riferimento al tema delle differenze tra i due rapporti di lavoro, pubblico e privato, e della loro giustificazione sul piano dei principi, un interessante esercizio di verifica può svolgersi con riguardo al reclutamento e alla carriera del personale e alle tipologie flessibili di rapporti di lavoro.

a. La procedura concorsuale, che il Costituente considera la forma naturale e necessaria di accesso al rapporto d'impiego, è rimasta per volontà del legislatore della riforma attratta nell'area del diritto pubblico e alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò ha comportato non pochi problemi, sia per l'individuazione del momento in cui il giudice ordinario si riappropria della cognizione delle controversie in materia [18], sia per le interferenze tra il principio del concorso e i meccanismi di progressione consentiti dal decreto legislativo e regolati dalla contrattazione collettiva [19], sia infine per la determinazione della giurisdizione nelle forme di selezione che non prevedono una procedura concorsuale in senso stretto [20].

A seguito di una costante giurisprudenza costituzionale (da ultimo, Corte cost., 9 novembre 2006, n. 363), che ha esteso l'obbligo del concorso pubblico alle progressioni verticali di carriera (con la possibilità di riservare non più del 50 per cento dei posti agli interni), sul presupposto delle diverse funzioni che il dipendente è chiamato a svolgere e della necessità della vacanza di posto nella dotazione organica, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha demandato

---

[16] In questo senso cfr. M. Rusciano, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *DLM*, 2005, p. 621 ss.

[17] Cfr. G. D'Alessio, *La disciplina della dirigenza pubblica; profili critici ed ipotesi di revisione del quadro generale*, in *LPA*, 2006, 549 ss.

[18] Cfr. Cass. SS. UU., sentenza n. 14330/2005, e Cass. SS. UU., sentenza n. 14852/2006; per un caso particolare, Trib. Milano, sentenza 27 maggio 2006, n. 1609 e sentenza 22 giugno 2006, n. 1987, in *RIP*, 2006, n. 3, 98 ss.

[19] T.A.R. Lazio, I sez., sentenza 4 novembre 2004, n. 12370 in *LPA*, 2005, p. 110, con nota di M. Sgroi; T.A.R. Lazio, sez. II, sentenza 5 giugno 2006, in *LPA*, p. 907, con nota di L. Sgarbi.

[20] In generale per tutti i problemi relativi alla giurisdizione, cfr. la rassegna in P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *LPA*, 2006, p. 579 ss.

le relative controversie alla cognizione del giudice amministrativo, anche nel caso di concorsi misti[21].

Si è così verificata la sottrazione al giudice ordinario di una materia che riguarda l'amministrazione del rapporto di lavoro (le promozioni). È una crepa al sistema delineato dalla riforma, sanabile soltanto con un intervento legislativo che ripristini il primato della giurisdizione ordinaria, estendendola a tutte le procedure concorsuali.

Non vi sono al riguardo preclusioni di principio. Non l'art. 97 Cost., che al fine di garantire la scelta degli aspiranti all'impiego secondo criteri di efficienza (i migliori nell'àmbito di una platea la più ampia possibile) e di imparzialità (regole oggettive e trasparenti), impone il principio del concorso pubblico, il quale però, una volta dettate con legge (e con atti amministrativi) le norme generali che devono essere osservate, può essere gestito con i poteri del privato datore di lavoro obbligato a rispettare le regole strumentali stabilite dalle fonti generali in vista dell'interesse finale. Ma, anche a volere mantenere le singole procedure nell'area degli atti amministrativi, e quindi restare nel solco della controversa distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ritenendo che il singolo vanti soltanto posizioni del secondo tipo nella fase relativa alla scelta dei candidati, non per questo si sarebbe costretti a mantenere ferma la giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti, il limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo (sancito dall'art. 5 della legge n. 2248 del 1865) non costituisce "una regola di valore costituzionale, che il legislatore sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso" (argomentando *ex* art. 113 Cost.), potendo questo conferire a tale giudice "il potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione od incidere sui rapporti sottostanti" [22]. Semmai la necessità che si pone è di individuare un solo giudice territorialmente competente a sindacare atti che riguardano una pluralità di soggetti (il bando di concorso, la graduatoria ecc.) onde evitare sentenze difformi che determinino disparità di trattamento.

Del resto quest'ultima esigenza si pone anche per l'ipotesi di procedure che non necessitano di una comparazione a seguito di valutazione mediante prove e che perciò sono demandate, secondo la giurisprudenza, alla cognizione del giudice ordinario (graduatorie per incarichi nella scuola, selezione per affidamento di incarichi di dirigente sanitario ecc.).

b. Sulle tipologie flessibili si è assistito, a far data dalla legge n. 30 del 2003, ad una sempre più insistita divaricazione dalle regole generali dettate per il rapporto di lavoro tra privati, per esigenze di contenimento della spesa e di controllo sulle assunzioni [23].

Certo va osservato che la spinta verso la precarizzazione dei rapporti è stata negli ultimi tempi molto forte, anche al di là dei tradizionali comparti dove il fenomeno ha radici antiche e strutturali (ad esempio nella pubblica istruzione il precariato costituisce la via d'accesso ordinaria), rappresentando lo strumento classico per eludere il blocco delle assunzioni, da diversi anni disposto dalle leggi finanziarie, e per garantire gli ordinari servizi. Risulta pertanto giustificato cercare di tenere a freno il fenomeno, riconducendolo entro un alveo fisiologico, mediante la previsione di strumenti di monitoraggio e di più rigorose procedure di reclutamento. Meno accettabili però

---

[22] Cfr. Corte cost., sentenze nn. 275/2001, 165/2001, 140/2001; vedi a tal riguardo F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale e c. d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, p. 499 ss.

[23] Cfr., anche per la bibliografia, S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 2006, 12 ss.

sono gli interventi che direttamente incidono sul rapporto di lavoro, rimodellandone le discipline ed introducendo divieti e limiti alle flessibilità contrattuali e gestionali, in modo tale da condizionare l'esercizio del potere organizzativo dirigenziale e comprimere l'autonomia collettiva. Né da parte di quest'ultima è sempre possibile attivare il meccanismo di deroga di cui all'art. 2, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001, concordando una diversa disciplina contrattuale in deroga a quella legale: infatti, la maggior parte delle nuove disposizioni di legge è inserita nell'impianto dello stesso decreto legislativo che attua la privatizzazione, mediante la tecnica dei commi aggiunti agli articoli preesistenti, e quindi assume carattere di norma speciale inderogabile.

L'intervento del legislatore del 2006 ha riguardato in particolar modo i rapporti di lavoro a tempo determinato, sia limitandone il ricorso, sia prevedendone nell'ultima legge finanziaria la stabilizzazione nell'arco di un triennio, unitamente alla possibilità di trasformazione delle collaborazioni coordinate e continuative in contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Su questo secondo aspetto, rivolto al superamento del precariato c.d. storico, serie riserve debbono formularsi, perché ancora una volta si assiste alla vanificazione del principio del buon andamento, con il favorire soggetti che sono stati reclutati talvolta anche senza adeguata selezione a discapito di giovani capaci e meritevoli.

Diverso è il giudizio per quella parte delle modifiche all'art. 35 del d. lgs. n. 165 del 2001 che intendono limitare l'assunzione a tempo determinato "solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti l'assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratto … per la somministrazione a tempo determinato … ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi".

È evidente la preoccupazione di incrementare nuovo precariato e la speranza di contenere i costi del personale, specie con le esternalizzazioni, ché la somministrazione comporta in realtà costi aggiuntivi determinati dal ricavo delle agenzie. Invece, la critica che è stata formulata a questa modifica alla disciplina, nella parte in cui precisa le causali giustificative dell'apposizione del termine non ci trova concordi.

Invero, piuttosto che un irrigidimento rispetto alla disciplina generale di cui al d. lgs. n. 368 del 2001, la novella risponde alle interpretazioni della direttiva 1999/70/CE [(24)] elaborate dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, meglio nota come *Mangold*) [(25)]. Ci si riferisce al principio secondo cui i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune di rapporto di lavoro, e alla nozione di "ragioni obiettive", di cui all'art. 5, n. 1, lett. a) della direttiva, che devono essere ricondotte a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività"; di tal guisa che questa tipologia contrattuale è volta unicamente a soddisfare fabbisogni di carattere temporaneo e non permanente e durevole. Semmai il problema è quello dell'adeguatezza della sanzione risarcitoria prevista nel settore del lavoro pubblico in luogo della conversione del rapporto a tempo indeterminato, per prevenire il ricorso abusivo a contratti a termine successivi.

[(24)] Cfr. A. Garilli, *Il recepimento della Direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento giuridico italiano*, in Garilli A., Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, p. 35 ss.; nonché A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, *ibidem*, p. 1 ss.

[(25)] V.la in *q. Riv.*, 2, 2006, p. 205, con nota di L. Calafà; nonché in *DL*, 1, 2006, II, p. 16 ss., con nota di A. Riccobono.

La Corte di Giustizia (cfr. sentenza 4 luglio 2006, causa n. 212/04, *Adeneler*; nonché nello stesso senso vd. Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2006, causa n. 53/04, *Marrosu e Sardino*, e causa n. 180/04, *Vassallo*) [26] si è sostanzialmente conformata sul punto alla sentenza della Corte costituzionale n. 89 del 2003 [27], la quale ha ritenuto conforme agli artt. 3 e 97 Cost. la differenza di trattamento.

E tuttavia la Corte di Giustizia, pur valutando conforme alla direttiva e al principio di parità di trattamento e di equivalenza con "situazioni analoghe di natura interna", la previsione di una sanzione risarcitoria, ha rimesso alla valutazione del giudice nazionale l'accertamento dell'adeguatezza dello strumento di cui all'art. 36, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 per "prevenire e … sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di … rapporti di lavoro a tempo determinato" (punto 103, Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa n. 212/04; nonché punto 56, Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa n. 53/04 e causa n. 180/04). Si tratta infatti di interpretazione del diritto interno, su cui non spetta alla Corte pronunciarsi.

Si potrebbe allora sostenere che il risarcimento genericamente previsto dall'art. 36 del decreto legislativo citato non presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore, secondo i risultati prescritti dalla direttiva (art. 2, comma 1), in quanto il danno nel nostro ordinamento non può essere presunto (c.d. danno evento), ma deve essere rigorosamente provato, sia pure anche attraverso presunzioni ai sensi dell'art. 2727 cod. civ. ovvero «facendo ricorso, *ex* art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza» [28].

Ne consegue l'opportunità – e forse la necessità – di un intervento legislativo correttivo, che preveda, come nel caso di licenziamento illegittimo, una quantificazione predeterminata del risarcimento, commisurato ad esempio al periodo di svolgimento del rapporto e maggiorata di una somma percentuale.

5. Osservazioni critiche su una proposta provocatoria: il licenziamento collettivo per scarso rendimento.

Più in generale, in questi ultimi mesi si insiste sulle inefficienze della p.a. e si invocano provvedimenti volti a favorire la mobilità del personale e i licenziamenti per scarso rendimento.

Una proposta singolare che intenderebbe dare efficienza ed efficacia a tutta l'attività amministrativa viene da un autore già noto per i suoi interventi dissacratori, che trovano larga eco nei media[29]. La proposta mira a costituire un sistema in cui momenti di responsabilità individuale e responsabilità collettiva addebitati anche a carenze strutturali e di gestione si confondono, determinando a sua volta una confusione tra quelli che sono i principi posti alla base del licenziamento individuale con i principi che riguardano il licenziamento collettivo per riduzione di personale.

---

[26] V.le in *RIDL*, 2006, II, p. 713 ss., con nota di L. Nannipieri; nonché in *q. Riv.*, 2006, 4, di prossima pubblicazione, con nota di A. Gabriele.

[27] V.la in *q. Riv.*, 2003, 2, 355, con nota di P. Greco.

[28] In questi termini, da ultimo, vedi Corte di Cassazione, Ss. Uu, sentenza 24 marzo 2006, n. 6572, in *q. Riv.*, 2, 2006, p. 233, con nota di F. Fabbri.

[29] P. Ichino, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra pubblica amministrazione*, Milano, Mondatori, 2006.

In buona sostanza la proposta parte dal presupposto – da tutti e da sempre denunciato - secondo cui negli uffici la pubblica amministrazione non riesce a conseguire gli obiettivi che dovrebbero essere prefissati a causa di un sistema nel quale manca un effettivo accertamento delle responsabilità e invece prevale una sorta di lassismo nella gestione dei rapporti di lavoro. In questo senso la proposta ritiene che i dirigenti non siano in grado di controllare i dipendenti perché i primi, nel caso in cui il licenziamento dovesse essere annullato dal giudice, andrebbero incontro a responsabilità amministrativa e contabile che li scoraggerebbe dall'esercitare il proprio potere. Eliminato il dirigente come punto centrale dell'attività di controllo del personale, la proposta si basa sulla costituzione di organismi indipendenti di valutazione (OIV), che possono assimilarsi ai nuclei di valutazione previsti dal d. lgs. n. 286 del 1999. Essi dovrebbero individuare parametri di efficienza ed efficacia/produttività in tutti gli uffici ed effettuare una valutazione non solo del rendimento delle diverse strutture, ma anche dei singoli dipendenti.

La tesi intende trasferire i concetti di efficienza e di efficacia dall'intera struttura al singolo dipendente. Gli OIV infatti dovrebbero esprimere un giudizio di merito sulle capacità professionali dei singoli, suddivisi in due categorie, a cui corrispondono due elenchi: il primo di dipendenti individuati sulla base di macroscopici inadempimenti (i "nullafacenti dolosi"), le cui *performances* sono pari o vicine allo zero (*Elefant test*); e il secondo di lavoratori che hanno riportato un indice insufficiente sulla base di un criterio di normale diligenza e buon funzionamento (scarsamente produttivi).

Costruiti i due elenchi, si può provvedere alla riduzione degli organici. Una legge dovrebbe affidare per alcuni anni a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di indicare per ciascun comparto la percentuale di riduzione del contingente totale, sulla base delle valutazioni dei rispettivi OIV, in modo che il numero dei licenziamenti risulti non superiore al numero dei dipendenti indicati nel primo elenco e comunque non superiore all'uno per cento dell'organico complessivo nell'arco di un anno. L'organo direttivo del comparto procede poi al licenziamento dei soggetti che non abbiano i requisiti minimi fino alla concorrenza della percentuale fissata dal governo secondo un ordine determinato dall'anzianità e dal carico di famiglia. Per gli iscritti nel secondo elenco dovranno invece essere previsti disincentivi economici e procedure di mobilità.

La proposta, fortemente sostenuta dai mezzi di informazione, mira a creare un sistema speciale nel settore del pubblico impiego, facendo applicazione di una tesi già sostenuta dall'autore, che riconduce il c.d. scarso rendimento, non ad un'ipotesi dl giustificato motivo soggettivo, ma ad un legittimo motivo economico di licenziamento valutato sulla base dell'interesse dell'imprenditore a eliminare un costo-opportunità "il minor rendimento di un lavoratore rispetto a un altro" può giustificare il licenziamento "quando la differenza supera una soglia, oltre la quale il costo-opportunità costituirebbe una perdita non ragionevolmente accollabile all'impresa"[30].

La teoria non ha avuto seguito in dottrina e giurisprudenza perché contrasta con il dato positivo, che conosce come sola ipotesi di rilevanza dell'inadempimento incolpevole l'impedimento oggettivo della prestazione ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., e quindi richiede la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione. La giurisprudenza ha infatti precisato che il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale "non integra *ex se* l'inesatto adempimento che, a

[30] P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, p. 446.

norma dell'art. 1218 cod. civ., si presume fino a prova contraria imputabile a colpa del debitore, dato che… il lavoratore è obbligato ad un *facere* e non ad un risultato, e l'inadeguatezza della prestazione resa può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o comunque a fattori non dipendenti dal lavoratore". Da ciò consegue che lo scarso rendimento può essere fatto valere solo come giustificato motivo soggettivo di licenziamento, e richiede pertanto la prova, a carico del datore di lavoro, non soltanto del mancato raggiungimento del risultato, ma del notevole inadempimento (colpevole) degli obblighi contrattuali [31].

Ancora più discutibile è innestare in una procedura di licenziamenti collettivi elementi che riguardano la persona del lavoratore, individuando i licenziandi mediante una valutazione che tenga conto dell'inadempimento colpevole della prestazione o della scarsa produttività del dipendente oggettivamente considerata. È palese la violazione del divieto, sancito dalle direttive comunitarie che regolano la materia [32], di scegliere i lavoratori da licenziare collettivamente sulla base di criteri soggettivi. Inoltre la previsione di regole speciali non trova legittimazione nell'art. 97 Cost. che, come già ricordato, nel proclamare il principio di efficienza/produttività, non si riferisce al singolo lavoratore ma alla gestione complessiva dell'attività amministrativa.

Il vero è che non occorre creare un sistema ibrido e speciale per migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione. L'applicazione delle regole generali sui licenziamenti è più che sufficiente per contrastare la piaga dello scarso rendimento, se ovviamente si vuole davvero reprimere il fenomeno.

La costituzione di un organismo terzo (quale potrebbe essere l'OIV), se può essere utile per controllare l'attività di autovalutazione per il miglioramento delle prestazioni pubbliche (introdotta dalla recente direttiva «per una pubblica amministrazione di qualità» del Ministro per le Riforme e l'innovazione nella pubblica amministrazione), non deve però spogliare il dirigente delle sue funzioni di controllo del personale e di esercizio del potere disciplinare. È invero questo soggetto che, come abbiamo cercato di dimostrare, deve assumere un ruolo più incisivo e più responsabile nella gestione delle risorse umane, libero da condizionamenti politici e sindacali. In questa direzione va accolta con favore la proposta, contenuta nel d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri del 22 settembre 2006, di penalizzare, con una decurtazione del trattamento economico accessorio, il dirigente il cui ufficio non abbia rispettato i tempi per la conclusione di una pratica indicati nello stesso schema di provvedimento.

Un altro istituto assai importante, e fin qui negletto, è rappresentato dalla mobilità del personale, ovviamente quella di ufficio ché quella a domanda è di fatto l'unica praticata. Solo di recente con le modifiche apportate all'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 (ad opera della legge n. 80 del 2006) e con l'inserimento dell'art. 34 *bis* allo stesso decreto (disposto dalla legge n. 3 del 2003 e successive modifiche) è stato dato un impulso alla mobilità, collegandola con le dotazioni organiche e stabilendo che non vi possano essere contemporaneamente situazioni di vacanze in organico e situazioni di soprannumero, con la conseguenza che in ipotesi di progressioni verticali ad eventuali inquadramenti soprannumerari deve corrispondere una riduzione delle vacanze di organico. Si è

---

[31] Cass., sentenza 5 marzo 2003, n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, 689, con note di P. Ichino e L. Cavallaro.

[32] Direttiva 17 febbraio 1975, n. 75/129, Direttiva 24 giugno 1992, n. 92/56; e Direttiva 20 luglio 1998, n. 98/59. In dottrina cfr. M. Biagi, *Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunto comunitari e comparati*, in *DRI*, 1992, 2, 151; nonché M. Marinelli, *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005, p. 116 ss.

inoltre disposta la sanzione della nullità di diritto delle assunzioni effettuate in violazione del previo esperimento della procedura di mobilità, garantendo in via prioritaria, rispetto alle procedure concorsuali, le immissioni in ruolo dei dipendenti provenienti da altre amministrazioni in posizione di comando (art. 30, comma 2 *bis*, aggiunto dal d.l. n. 7 del 2005). Infine è prevista una rilevazione annuale delle eccedenze di personale su base territoriale per categoria o area, qualifica o profilo professionale, nell'intento di dare effettiva e celere attuazione alle disposizioni in materia.

Piuttosto che da ulteriori interventi legislativi, la messa a regime del sistema di mobilità dipende dalla contrattazione collettiva, la quale fino ad ora ha frenato le procedure, assumendo una posizione di netta ostilità nei confronti soprattutto della mobilità geografica.

Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*

Edoardo Ales

Premessa 77

1. Il mutamento del quadro normativo comunitario in materia di protezione sociale dal Trattato di Amsterdam al Trattato di Nizza. 78

1.1 Il quadro normativo all'esito del Trattato di Amsterdam: obiettivi generali, settori d'intervento, processi decisionali, strumenti. 78

1.2 La sterilità del capitolo sulla protezione sociale. L'affermazione della SEO e le sue interferenze in materia di protezione sociale. 82

1.3 Modernizzazione attraverso l'inclusione sociale: un tentativo fallito. 87

1.4 Il quadro normativo all'esito del Trattato di Nizza: materie, finalità e strumenti d'intervento. 93

2. La "modernizzazione" dei sistemi di protezione sociale attraverso le politiche dell'occupazione. 95

3. Dall'inclusione sociale alla coesione sociale: conseguenze e possibili scenari futuri di un circolo virtuoso. 99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 51/2007

Premessa

Il percorso di ricerca che ha portato all'elaborazione di questo saggio ha preso le mosse dall'interesse, condiviso con Marzia Barbera e Fausta Guarriello, di comprendere le ragioni dell'emersione, le modalità di funzionamento e, soprattutto, le potenzialità del Metodo Aperto di Coordinamento (d'ora in avanti MAC)[196]. Al momento in cui si è deciso di intraprendere quel percorso, gli studi sul MAC, almeno nella comunità giuslavoristica italiana, erano di fatto inesistenti. A distanza di quattro anni la situazione è decisamente cambiata e un discreto numero di studiosi e studiose[197] ha cominciato a occuparsi del MAC, analizzandolo nella prospettiva dell'integrazione europea.

Nella suddivisione dei compiti da attribuire a ciascuna Unità di ricerca, a quella di Cassino che ho avuto il piacere di coordinare, è stato assegnato l'aspetto relativo alla lotta all'esclusione sociale, ambito nel quale il MAC è stato sperimentato per la prima volta.

Per chi ha dedicato parte del proprio impegno scientifico alla ricostruzione sistematica del modello di protezione sociale nazionale, l'espressione esclusione sociale non poteva che suonare familiare sinonimo di quella di "disagio sociale" utilizzata dal legislatore italiano nella legge n. 328 del 2000 e già inquadrata in quell'esigenza di socialità completa e compiuta che altro non è che la cifra giuridica dei fattori di integrazione nella società contemporanea. In una visione del diritto del lavoro come sistema integrato di microsistemi[198], infatti, la condizione di bisogno non può venire in considerazione esclusivamente nei suoi termini materiali che, peraltro, devono essere adeguatamente affrontati attraverso prestazioni economiche di sicurezza sociale, ma deve rilevare anche e soprattutto come conseguenza della sistematica e aprioristica denegazione, sul piano fattuale, dei diritti di cittadinanza sociale dalla quale deriva l'impossibilità della persona di raggiungere gli *standards* esistenziali propri della collettività di riferimento e di teorica appartenenza.

Se da un lato, dunque, l'utilizzo dell'espressione "lotta all'esclusione sociale" si rivelava estremamente promettente quale nuovo paradigma di un modello sociale europeo orientato a cogliere e a valorizzare una visione *integrale* della protezione sociale, dall'altro esso si configurava potenzialmente dirompente rispetto a quegli approcci tradizionali alla tematica del bisogno concentrati sulla sua dimensione economica (povertà). Ciò, a maggior ragione, visto che tale espressione aveva superato i confini della retorica spesso sterile dei documenti politici comunitari per trovare collocazione nella versione dell'art. 137 TCE riformulata dal Trattato di Nizza del 2001[199]. Peraltro, l'introduzione del settore della lotta all'esclusione sociale non costituiva l'unico elemento di

---

[196] Per una ricostruzione delle vicende che hanno portato all'affermazione del MAC cfr. E. ALES, *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'*Open Method of Coordination, in *QDLRI*, n. 27, 2004, p. 37.

[197] Si vedano, essenzialmente, i contributi raccolti nel volume a cura di M. BARBERA, *Nuove forme di regolazione: il Metodo Aperto di Coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffré, 2006, nonché, almeno, C. DELL'ARINGA, *Il Metodo Aperto di Coordinamento (MAC)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2003, p. 3; S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedom in the European Consitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, CUP, 2006, in particolare cap. 4; A. LO FARO, A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, 2005; S. SCIARRA, *The Convergence of European Labour and Social Rights: Opening to the Open method of Coordination*, in G. A. BERMANN, K. PISTOR, *Law and Governance in the Enlarged European Union*, Oxford – Portland, Hart, 2004, p. 155.

[198] E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un "sistema integrato di microsistemi"*, in *ADL*, 2001, p. 981 ss.

[199] Trattato di Nizza, 26.02.2001, GUCE C 80/1, 10.03.2001.

novità del testo modificato dell'art. 137, in quanto a essa si affianca l'altrettanto promettente "modernizzazione dei sistemi di protezione sociale" (art. 137 comma 1 lett. k), potenzialmente in grado di veicolare le istanze riformatrici insite nella prima.

Una vistosa anomalia caratterizza, però, il nuovo testo dell'art. 137, proprio con riferimento alle materie/obiettivo appena richiamate. Rispetto a esse, infatti, il Consiglio non può adottare, come, invece, in tutte le altre contenute nell'elencazione di cui al comma 1, direttive volte a dettare prescrizioni minime applicabili progressivamente negli Stati Membri (art. 137 comma 2 lett. b) ma esclusivamente misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra di essi, senza che queste possano comportare una qualsiasi forma di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali (137 comma 2 lett. a).

Proprio le sottolineate peculiarità dell'art. 137 TCE nuovo testo si sono rivelate decisive nel determinare l'adozione di un approccio metodologico della ricerca che utilizzasse le risultanze dell'esegesi delle fonti normative come trama sulla quale ordire l'analisi dei testi "politici" elaborati dagli organismi comunitari a sostegno del cambiamento, consentendo così di valorizzare il punto di vista giuridico in una materia che, per il tipo di questioni che involge, attrae piuttosto nella sua dimensione politica.

1. Il mutamento del quadro normativo comunitario in materia di protezione sociale dal Trattato di Amsterdam al Trattato di Nizza.

Nella prospettiva sopra indicata, pare utile ripercorrere, seppure in forma sintetica, i passaggi che hanno portato alla stesura del testo attuale dell'art. 137 il cui contenuto, è bene ricordarlo, rimarrebbe immutato anche qualora il Trattato-Costituzione entrasse in vigore[200]. In quei passaggi si consuma, infatti, la vicenda, per taluni utopica, dell'affermazione di un modello europeo di protezione sociale prodotto di armonizzazione delle normative nazionali a sua volta frutto di un accordo esplicito, su contenuti generali o specifici, concluso con piena assunzione di *responsabilità politica e giuridica* dagli Stati Membri.

L'utilizzo dell'espressione ampia e inusuale di protezione sociale in vece di altre più in voga quali sicurezza sociale o tutela sociale intende rispettare la scelta lessicale compiuta dal legislatore comunitario negli artt. 2, 136 e 137 TCE ma risponde anche alla convinzione che nel diritto del lavoro quale sistema integrato di microsistemi non si debba porre in essere un'*actio finium regundorum* preventiva quanto piuttosto verificare in concreto, di volta in volta, quali siano le materie sulle quali la ricerca debba soffermarsi a seconda dello scopo che si prefigge.

1.1 Il quadro normativo all'esito del Trattato di Amsterdam: obiettivi generali, settori d'intervento, processi decisionali, strumenti.

Se lo scopo è quello di comprendere come si è arrivati a introdurre tra i settori di intervento degli organismi comunitari la "lotta all'esclusione sociale" e la "modernizzazione dei sistemi di protezione sociale", escludendo, però, che il loro intervento abbia effetti di armonizzazione dei diritti

---

[200] Il Trattato-Costituzione rifiuta, invece, come opportunamente sottolineato da S. GIUBBONI, *Lavoro e diritti sociali nella "nuova" Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, p. 567, la "costituzionalizzazione" del MAC, confermando la natura effimera e transeunte del suo successo.

nazionali (nel senso di imporre una responsabilità sul piano giuridico), l'art. 136 TCE, rimasto immutato da Amsterdam[201] a Nizza, costituisce il punto di partenza obbligato dell'indagine. Nel suo comma 1, infatti, si afferma che la Comunità e gli Stati Membri hanno come obiettivi, tra gli altri, "una protezione sociale adeguata" e "la lotta contro l'emarginazione" (nella versione inglese del Trattato "exclusion").

Di conseguenza non sorprende che nell'art. 137 vecchio testo, tra i settori nei quali la Comunità "sostiene e completa" l'azione degli Stati Membri, vi siano anche quelli della "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro fatto salvo l'articolo 150" (art. 137 comma 1) e della "sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori" (art. 137 comma 3); mentre risulta più difficile da comprendere la collocazione della lotta alla "emarginazione sociale" nel comma dedicato agli strumenti di intervento, peraltro, tra quelli destinati a "incoraggiare la cooperazione tra gli Stati Membri".

Sempre con riferimento alla corrispondenza tra obiettivi generali (art. 136 TCE) e settori di intervento (art. 137 TCE vecchio testo), è interessante notare come al binomio "livello occupazionale elevato" (obiettivo) – "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro" (settore di intervento) corrisponda, però, un intero Titolo dedicato all'Occupazione (Titolo VIII), totalmente privo di coordinamento rispetto al binomio stesso e, più in generale, ai contenuti del Titolo XI sulla Politica Sociale nel quale esso è inserito[202]. Il fatto che il Titolo Occupazione sia stato aggiunto al Trattato per cercare di bilanciare la prevalenza della dimensione economica riconducibile ai vincoli derivanti dal Patto di stabilità e che, per ciò, la materia "occupazione" dovesse essere collocata in stretta contiguità con quella economica, motiva, l'esistenza di un collegamento tra politica economica e politica occupazionale ma non giustifica in alcun modo la mancanza di coordinamento tra i due titoli "sociali" soprattutto se, come vedremo, quest'ultima viene utilizzata per sviluppare una strategia dell'occupazione fondata sulla destrutturazione dei sistemi di protezione sociale.

Lo stesso può dirsi della mancanza di collegamento tra Titolo VIII e Titolo XI, Capo III in materia di Istruzione, formazione professionale e gioventù a fronte di una comprensibile insistenza della Strategia Europea dell'Occupazione (d'ora in vanti SEO) sugli stessi temi.

Proprio il riferimento al Capo III consente di porre in evidenza il nesso stringente che dovrebbe intercorrere tra delimitazione del settore di intervento e individuazione dello strumento a disposizione degli organismi comunitari. Il fatto che nell'indicare la "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro" tra i settori di intervento si faccia salvo quanto previsto dall'art. 150 TCE, trova motivazione nel diverso ruolo che i suddetti organismi possono svolgere nei due ambiti: adozione delle prescrizioni minime e, quindi, armonizzazione nel caso dell'integrazione; adozione di misure atte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi posti dall'art. 150 TCE, a esclusione di qualsiasi armonizzazione, nel caso della formazione professionale.

A conferma che non si tratta di un nesso casuale può essere portata la scelta operata dal legislatore comunitario nell'art. 137 comma 2 par. 3 (vecchio testo) in forza della quale, come visto, il Consiglio può adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra gli Stati Membri "al

---

[201] Trattato di Amsterdam 2.10.1997, GUCE C 340/1, 10.11.1997.

[202] Così già D. ASHIAGBOR, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From 'Social Policy' to 'Employment Policy'*, in *ELJ*, 2001, p. 329.

fine di combattere l'emarginazione sociale". Così come nell'art. 150 TCE, anche in questo caso ci troviamo di fronte a un ambito nel quale gli Stati Membri sono chiamati a operare attraverso l'adozione di politiche finalizzate al raggiungimento di obiettivi incrementali (incoraggiare, migliorare sviluppare) appena abbozzati dal legislatore comunitario, rispetto ai quali gli organismi comunitari svolgono una funzione di stimolo a un'azione coordinata e, comunque, sempre attenta a coglierne i reciproci progressi.

Nella versione originaria dell'art. 137 sembra, dunque, delinearsi una netta distinzione tra *settori* rispetto ai quali si può perseguire l'obiettivo dell'armonizzazione normativa e *politiche* delle quali si intende stimolare lo sviluppo e indirizzare gli esiti in una prospettiva incrementale e coordinata[203]. La dimensione finalistica delle seconde consiglia di far riferimento ai loro ambiti in termini di *obiettivi* piuttosto che di settori anche perché, come avviene nel caso della emarginazione (esclusione) sociale, il contenuto stesso dell'espressione rimane non solo indeterminato sul piano normativo ma anche al momento privo di un senso comune condiviso[204].

Cosicché, l'evidente difficoltà di riportare a sistema le frammentarie disposizioni appena richiamate sembra derivare non tanto dalla mancata riscrittura coordinata dell'intero "capitolo" sociale al momento del recepimento dell'Accordo per la Politica Sociale (APS) di Maastricht nel testo degli artt. 137 e ss., quanto, piuttosto, da un'incertezza di fondo relativa ai rispettivi contenuti della politica sociale e della politica dell'occupazione e, quindi, circa i loro rapporti. Tale incertezza è destinata a trasformarsi in ambiguità dal momento che, mentre per le disposizioni sociali previste negli artt. 136 e 137 si pone l'alternativa secca tra armonizzazione o cooperazione, nel caso della SEO il legislatore comunitario ha apprestato uno strumento estremamente più duttile ovvero il coordinamento delle politiche nazionali, impegnativo esclusivamente sul piano della responsabilità politica a livello comunitario.

Quest'ultima considerazione consente di mettere in luce un aspetto non secondario della vicenda, destinato a influire profondamente sulle linee di sviluppo del modello europeo di protezione sociale ovvero l'*asimmetria* esistente, in termini di responsabilità politica ancor prima che giuridica, tra l'assenso prestato dal singolo Stato Membro all'adozione di strumenti di armonizzazione che producono un impatto immediatamente apprezzabile sulla condizione giuridica del singolo cittadino-elettore e il consenso a orientamenti per l'occupazione che, pur contenendo misure di impatto sociale non necessariamente minore, proprio per la mancata assunzione di responsabilità a livello nazionale, possono essere adottate senza sollevare il clamore che susciterebbe, invece, l'adozione di direttive sulla medesima materia[205].

---

[203] A questa distinzione occorre ovviamente aggiungere quella fondata sull'alternativa tra deliberazione a maggioranza qualificata *ex* art. 251 TCE e deliberazione all'unanimità che, nel contesto in esame, vede collocate in campi opposti la "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro" (maggioranza qualificata) e la "sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori" (unanimità).

[204] Non a caso il primo degli obiettivi del Programma d'azione comunitaria inteso a incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri al fine di combattere l'esclusione sociale (Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 50/2002/CE, 7.12.2001, GUCE L 10/1, 12.01.2002) è quello del "miglioramento della comprensione del fenomeno dell'esclusione sociale". Una definizione di esclusione sociale interessante ai fini del nostro discorso è data da R. LEVITAS, *The Inclusive Society? Social Exclusion and New Labour*, Basingstoke, Palgrave Macmillan,1998. Per una lettura condivisibilmente critica della declinazione degli obiettivi inclusivi da parte del legisaltore italiano cfr. L. ZOPPOLI, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, 297.

[205] Sottolinea la discrasia tra basi nazionali della legittimazione politica dei Governi e dimensione comunitaria degli impegni in materia di protezione sociale M. FERRERA, *Amici o nemici? Integrazione europea e modelli sociali nazionali*, in *RISP*, 2006, p. 6.

L'asimmetria appena evidenziata, propria dell'alternativa *hard-soft law*[206], diventa meno accettabile nel momento in cui un intervento posto in essere con le tecniche *soft* in una materia aperta a tale possibilità viene a incidere su una materia nella quale, di contro, il Trattato prevede che qualsiasi intervento a livello comunitario sia condizionato a una deliberazione assunta almeno a maggioranza qualificata.

Ciò è reso possibile dal contemporaneo verificarsi di due condizioni. La prima riconducibile alla sopra richiamata ambiguità del legislatore comunitario nel collocare sotto titoli diversi, cui si applicano tecniche regolative diverse, materie che possono presentare evidenti elementi di contatto se non di sovrapposizione; la seconda alla volontà degli Stati Membri di sottrarsi alla responsabilità politica nei confronti del livello nazionale, insita nell'opzione in favore dell'armonizzazione, e di sfruttare il minor carico di responsabilità (solo comunitaria) connesso alla formazione del consenso rispetto a strumenti di *soft law*.

In quest'ultimo caso, anche qualora siano previste clausole di salvaguardia poste dalle norme di coordinamento (art. 129 comma 2) e di cooperazione (art. 150 comma 4), esse non si rivelano di alcun ausilio, poste come sono a tutela degli interessi degli Stati Membri i quali soltanto possono invocarle; ipotesi questa irrealistica nel caso di consenso prestato all'adozione dell'orientamento che, quale effetto surrettizio ma voluto, produca effetti formalmente dichiarati non voluti su di un'altra materia.

Il quadro normativo delineato dal Trattato di Amsterdam[207] contiene in sé ambiguità sufficienti a produrre fenomeni del tipo appena descritto vista la contemporanea presenza del tema dell'occupazione sia nel Titolo XI, sotto forma di "integrazione delle persone escluse nel mercato del lavoro" e di politiche per la formazione, sia nel Titolo VIII, "Occupazione", e la divergenza delle tecniche regolative utilizzabili dal Consiglio a seconda della collocazione della materia stessa.

Ad aggravare l'ambiguità della situazione, concorre l'assenza, nell'art. 137 vecchio testo, di riferimento esplicito a un aspetto qualificante della protezione sociale ovvero l'assistenza sociale, rispetto alla quale gli organismi comunitari sembrano non aver alcuna competenza. L'espressione "sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori", infatti, pur nella sua estrema vaghezza, pare dover essere letta come endiadi piuttosto che come contenitore di due diverse materie (sicurezza sociale dei cittadini – protezione sociale dei lavoratori), accomunata, quindi, dal riferimento ai lavoratori che esclude la possibilità di estendere la competenza in questione anche ad altri destinatari (cittadini non lavoratori).

In questo quadro, tuttavia, il riferimento alla lotta alla "emarginazione (sociale)" operato sia dall'art. 136 che dall'art. 137 comma 2 par. 3 vecchio testo, e quello alla "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro", contenuto nell'art. 137 comma 1, assumono una valenza

---

[206] La bibliografia sul tema è sterminata e non può essere qui riportata. Utile per una migliore comprensione delle problematiche affrontate nel testo, cfr., però, M. BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *LD*, 2005, p. 349. Per la complementarietà di *hard* e *soft law*, cfr. D. M. TRUBEK, L. G. TRUBEK, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, in *ELJ*, 2004, p. 343.

[207] Sulle cui implicazioni in materia di politica "sociale" cfr., almeno, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. Nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, Promodis Italia Editrice, 2000; S. SCIARRA, *Integration through co-ordination. The Employment Title in the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, p. 209.

positiva, in quanto, pur non consentendo di recuperare, in senso tradizionale, la dimensione universalistica insita nell'espressione *sicurezza (protezione) sociale dei cittadini*[208], testimoniano, però, dell'affacciarsi di una prospettiva evolutiva della liberazione dal bisogno, da esclusivamente materiale a materiale e morale insieme. Ciò in linea con una visione dell'impegno assunto in materia sociale dalle istituzioni comunitarie e dagli Stati Membri già anticipata da un importante documento della Commissione[209] che precede di poco, anche se senza alcun nesso esplicito, la firma del Trattato di Amsterdam.

1.2 La sterilità del capitolo sulla protezione sociale. L'affermazione della SEO e le sue interferenze in materia di protezione sociale.

La mancanza di un'esplicita indicazione della protezione sociale dei cittadini tra i settori di competenza degli organismi comunitari di per sé non giustifica la totale sterilità del Titolo XI per ciò che concerne quell'ambito. Forte dell'indicazione di un adeguato livello di protezione sociale tra gli obiettivi generali posti dall'art. 136 TCE, utilizzando la competenza attribuita in materia di "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro" (art. 137 comma 1), il Consiglio avrebbe infatti potuto adottare, peraltro a maggioranza qualificata e non all'unanimità, direttive contenenti "prescrizioni minime applicabili progressivamente", ad esempio, in materia di sostegno al reddito dei soggetti esclusi[210]. Il dato letterale ("sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori") rendeva, invece, poco praticabile un'iniziativa fondata su tale competenza ma volta a disciplinare prestazioni di tipo universalistico.

A nostro avviso, l'analisi dei contenuti della SEO che in quegli stessi anni si andava affermando quale punto focale dello sforzo degli organismi comunitari in ambito sociale consente, invece, di avanzare un'ipotesi interpretativa plausibile della completa assenza di interventi *normativi* nel settore della protezione sociale.

Un'anticipazione degli sviluppi che ne sarebbero derivati è contenuta nella già richiamata Comunicazione "*Modernising and Improving Social Protection in Europe*"[211] nella quale, dopo aver constatato, non senza una buona dose di ovvietà, che "più la vita lavorativa diventa flessibile, più i cittadini domanderanno sicurezza ai loro sistemi di protezione sociale"[212], la Commissione

---

[208] Così come in fondo auspicato nella Raccomandazione del Consiglio 92/441/CEE sui i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale nel cui considerando 15, non senza rammarico, si fa riferimento all'art. 235 (ora art. 308) quale unico strumento d'azione previsto dal Trattato per il conseguimento degli obiettivi di cui alla Raccomandazione. Su quest'ultima, ampiamente, S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione sociale*, in *DLRI*, 2003, p. 568 ss.

[209] *Modernising and Improving Social Protection in Europe*, COM(97) 102 final, 12.03.1997. Per l'analisi degli antecedenti logici della Comunicazione in questione a partire dal Libro Verde della Commissione Delors, cfr. D. ASHIAGBOR, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda…*, cit., p. 317 ss.; S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione…*, cit., p. 566; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 2000, I, p. 779.

[210] Così M. FERRERA, M. MATSAGANIS, S. SACCHI, *Open Coordination Against Poverty: The New EU "Social Inclusion Process"*, in *JESP*, 2002, p. 237 – 238.

[211] COM(97) 102 final, 12.03.1997.

[212] La versione italiana dei documenti comunitari citati in questo saggio, a esclusione di quelli dei Trattati, è frutto di una libera traduzione effettuata dall'Autore dal testo in lingua inglese. L'Autore, infatti, si rifiuta di riportare stralci di documenti nella versione ufficiale italiana (ove esistente) che oltre a tradire il significato originario del documento quale individuato nella principale lingua di lavoro degli organismi comunitari (l'inglese), offendono in maniera inaccettabile la lingua italiana, presentando errori sintattici e grammaticali.

individua due motivazioni da porre alla base di un progetto europeo di riforma degli stessi sistemi: "l'equilibrio delle finanze pubbliche e la promozione dell'integrazione economica e sociale delle persone". Avverte, però, la Commissione che "fornire le persone di un sostegno al reddito non ne favorisce l'integrazione economica.". I sistemi di protezione sociale, infatti, "hanno avuto successo nel ridurre la povertà ma hanno fallito nella promozione della piena integrazione nella società.". In sintesi, sempre secondo la Commissione, "le persone preferirebbero l'offerta di nuove opportunità per prendere parte attiva nella vita economica" piuttosto che un sostegno al reddito.

Risuona, nelle parole della Commissione l'eco delle allora appena varate riforme clintoniane in materia di attivazione sul mercato del lavoro dei beneficiari delle prestazioni di sostegno al reddito[213], a testimonianza di un radicale cambiamento di rotta rispetto alla già citata Raccomandazione del Consiglio del 1992 che, sulla scorta di quanto previsto dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, chiedeva agli Stati Membri di "di riconoscere, nell'ambito di un dispositivo globale e coerente di lotta all'emarginazione sociale, il diritto fondamentale della persona a risorse e a prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana e di adeguare di conseguenza, se e per quanto occorra, i propri sistemi di protezione sociale (..).".

Questa indicazione che, come già evidenziato, precede, pur senza farvi esplicito riferimento, la firma del Trattato di Amsterdam, trova ampio riscontro nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Lussemburgo (20–21.11.1997). In esse, infatti, adottate immediatamente a ridosso di un Trattato di Amsterdam ancora non entrato in vigore, si delinea con chiarezza l'intenzione di affrontare la tematica dell'occupazione dal particolare angolo prospettico di politiche di attivazione che aggrediscano e ridimensionino le finalità tradizionali di sostengo del reddito in chiave redistributiva tipiche dei sistemi di protezione sociale europei[214].

Nei punti da 49 a 79 delle Conclusioni, che hanno costituito la falsariga per gli Orientamenti per l'occupazione 1998 formalmente adottati dal Consiglio con propria risoluzione del 17.12.1997, sotto il "pilastro" dell'occupabilità (*Transizione da misure passive a misure attive*) si consuma il destino dei "sistemi di protezione sociale e dei sistemi di formazione che *devono*, ove ritenuto necessario (dagli Stati Membri), essere ristrutturati in maniera tale da assicurare che essi supportino attivamente l'occupabilità e offrano incentivi reali ai disoccupati a ricercare e ad accettare opportunità di lavoro e di formazione."[215].

A conferma della volontà di far interagire, in teoria positivamente, le politiche attive dell'occupazione con i sistemi di protezione sociale viene dal quarto "pilastro" degli orientamenti per il 1998 ovvero il rafforzamento delle politiche per le pari opportunità. In esse si chiede agli Stati Membri di affrontare il problema della sottorappresentazione di genere aumentando il tasso di

---

213 Sulle quali v, almeno, H. J. KARGER, *Ending Public Assistance: The Transformation of US Public Assistance Policy into Labour Policy*, in *JSP*, 2003, p. 383; D. STOESZ, *The American Welfare State at Twilight*, in *JSP*, 2002, 487 e A. WADDAN, *Redesigning the Welfare Contract in Theory and Practice: Just What is Going on in the USA?*, *JSP*, 2003, p. 19.

214 Italia esclusa, ovviamente. Per un programma complessivo di riforma che elimini tale anomalia, cfr. T. TREU, *Riforme o destrutturazione del* Welfare, in *DLRI*, 2002, p. 535.

215 Sottolinea questo passaggio E. SZYSZCZAK, *Social Policy in the Post-Nice Era*, in A. ARNULL, D. WINCOTT, *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, OUP, 2002, p. 335 – 336.

occupazione femminile attraverso politiche di riconciliazione dei tempi di vita e di lavoro basate sull'offerta, a uomini e donne che intendano entrare o permanere nel mercato del lavoro, di servizi di cura di elevata qualità per i figli o per altri soggetti dipendenti.

Nell'ambito del medesimo pilastro relativo al rafforzamento delle pari opportunità si colloca la promozione dell'integrazione dei disabili nel mercato del lavoro senza però che vengano specificati gli strumenti mediante i quali questo obiettivo dovrà essere perseguito dagli Stati Membri.

Analoghe forme di interazione trovano conferma negli orientamenti per l'occupazione per il 1999[216], seppure con alcune significative integrazioni.

In primo luogo, per ciò che concerne l'occupabilità e la transizione da misure passive ad attive, si richiede agli Stati Membri di estendere queste ultime agli inattivi ovvero coloro che pur non essendo in cerca di occupazione siano abili al lavoro, percependo, però, in considerazione del loro (basso) livello di reddito e della loro condizione personale (ad esempio componenti di famiglie monoparentali con figli a carico), una prestazione di sicurezza sociale. Anche in questo caso l'introduzione di simili misure comporta il ridimensionamento della funzione redistributiva del sistema di protezione sociale nonché un forte rischio di compressione della libertà personale, laddove la transizione della protezione sociale al lavoro venga, di fatto, imposta o caldamente "suggerita".

In secondo luogo, per ciò che concerne il rafforzamento delle pari opportunità, riformulato secondo il *Gender Mainstreaming Approach*, è interessante notare come il varo da parte degli Stati Membri di politiche sociali attente alle esigenze delle famiglie viene indicato quale strumento di realizzazione di una più equa distribuzione del carico di responsabilità all'interno delle famiglie. In questo caso l'interazione si dimostra estremamente positiva.

Negli orientamenti per l'occupazione trova, dunque, una prima attuazione l'impianto riformatore abbozzato nella Comunicazione del 1997[217], le cui linee guida vengono ulteriormente sviluppate dalla Commissione in una successiva Comunicazione del 1999[218] che, a sua volta, prepara il terreno alla Comunicazione del marzo 2000 "*Building an inclusive Europe*" dalla quale il già ricordato Consiglio Europeo di Lisbona trarrà spunto per varare il MAC inclusione sociale.

Nella prospettiva d'analisi qui assunta, sarà sufficiente richiamare soltanto alcuni aspetti della Comunicazione del 1999, rivelatori delle sempre più evidenti sinergie tra SEO e riforma/modernizzazione dei sistemi di protezione sociale degli Stati Membri e, quindi, di una tendenza di quest'ultima verso una politica sociale fondata sull'occupazione quale strumento primario di protezione sociale.

Anzitutto occorre rilevare come la Commissione parta dalla constatazione che la ratifica del Trattato di Amsterdam ha fornito una "nuova base giuridica per la lotta all'emarginazione sociale", da individuarsi, in assenza di ulteriori precisazioni contenute nella Comunicazione, nel più volte richiamato art. 137 comma 2 par. 3 relativo alla "adozione di misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra gli Stati Membri". La constatazione merita di essere sottolineata soprattutto alla luce di quelli che saranno gli sviluppi successivi del MAC dopo Lisbona e dello stesso art. 137 dopo

---

[216] Risoluzione del Consiglio 22.02.1999 – Orientamenti per l'impiego 1999, GUCE C 69/02, 12.03.1999.

[217] COM(97) 102 final, 12.03.1997.

[218] *A Concerted Strategy for Modernising Social Protection*, COM(99) 347 final, 14.07.1999.

Nizza, visto che la Commissione sembra ritiene la richiamata norma sulla *cooperazione* in grado di costituire la base giuridica di una strategia di coordinamento delle politiche, quale è il MAC. Ciò, nonostante, l'evidente asimmetria che in questo modo si crea con la base giuridica della SEO da rinvenirsi non nell'art. 129 (cooperazione) ma nel 128 (coordinamento). Detto più esplicitamente, il tipo di disposizione che per la SEO fornisce la base giuridica per la cooperazione e non per il coordinamento delle politiche, nel caso della lotta all'emarginazione (esclusione) sociale diventerebbe base giuridica per la strategia di coordinamento che si concretizza nel MAC.

La posizione della Commissione, al di là delle perplessità sistematiche che suscita in considerazione della sopra menzionata asimmetria, si fonda su ciò che sembra effettivamente, sin dalle origini, distinguere il coordinamento delle politiche per l'occupazione *ex* art. 128 TCE dalla cooperazione in materia di emarginazione (esclusione) sociale *ex* art. 137 ovvero l'assenza in questo secondo caso della possibilità per il Consiglio, su proposta della Commissione di adottare, a maggioranza qualificata, raccomandazioni per gli Stati Membri le cui politiche per l'occupazione divergano dagli orientamenti o semplicemente non siano considerate efficaci per il raggiungimento degli obiettivi contenuti negli orientamenti stessi.

Di qui la constatazione che gli sviluppi della cooperazione in materia di emarginazione (esclusione) sociale in chiave di coordinamento[219], con aspirazioni persino di auto-convergenza[220], risultano fondati su di una base giuridica alquanto incerta che rende la loro sopravvivenza legata filo doppio agli umori politici dei Consigli Europei[221].

Un secondo aspetto della Comunicazione del 1999 che merita di essere sottolineato riguarda l'esplicito riconoscimento dell'influenza che gli orientamenti di politica economia esercitano sullo sviluppo delle politiche di protezione sociale, le quali sono chiamate a diventare un "fattore produttivo" e a fornire "un sostegno attivo all'occupabilità e alla creazione di posti di lavoro", assumendo, così, una posizione servente rispetto alle politiche dell'occupazione, a loro volta, da funzionalizzare alla realizzazione degli Orientamenti di massima delle politiche economiche (art. 99 TCE)[222]. Come specificato dalla Commissione, infatti, non si tratta di *valorizzare* i potenziali aspetti di *reciproca* interazione tra politiche attive dell'impiego e politiche sociali di attivazione al fine di raggiungere, attraverso una politica integrata, il fine dell'inclusione sociale, ma di rivisitare (modernizzare) le politiche di protezione sociale in funzione della realizzazione delle politiche dell'occupazione e delle politiche economiche, privandole, in tal modo, di qualsiasi afflato ridistributivo. In questa e solo in questa prospettiva l'Unione Europea Monetaria (d'ora in avanti UEM) richiede agli Stati Membri per la sua realizzazione l'elaborazione di un approccio concertato alla modernizzazione della protezione sociale. In qualsiasi altra prospettiva, infatti, l'UEM "non mette in discussione la responsabilità primaria degli Stati Membri per quanto riguarda l'organizzazione e il finanziamento di propri sistemi".

---

[219] Così, condivisibilmente, S. SCIARRA, *The Convergence of European Labour and Social Rights …*, p. 157.

[220] E. ALES, *La modernizzazione…*, p. 45 ss. Così anche A. HEMERIJCK, *Come cambia il modello sociale europeo*, in *Stato e Mercato*, 2002, p. 226.

[221] Condivisibile, in questa prospettiva, la posizione di M. DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano tra inderogabilità e* soft law, in *Diritti Lavori Mercati*, 2003, p. 666 che considera il disposto dell'art. 137 comma 2 lett. a) quale norma che *consente* lo sviluppo del MAC ma che non ne produce l'istituzionalizzazione.

[222] COM(99) 347 final, 14.07.1999, p. 8.

Siamo di fronte a un'affermazione molto netta, rivelatrice della tattica di aggiramento che la Commissione aveva cominciato ad abbozzare già nel 1999 con riferimento alla scomoda assunzione, per gli Stati Membri, delle responsabilità politiche e giuridiche inscindibilmente connesse al ricorso alla tecnica dell'armonizzazione dei sistemi nazionali per finalità sociali e non economico-occupazionali.

Il ragionamento della Commissione è molto semplice: gli Stati Membri sono estremamente gelosi delle loro competenze in materia sociale; lo sono non tanto per il timore che l'apertura di un dibattito a livello comunitario possa compromettere la loro capacità di controllo dei sistemi stessi, quanto per la consapevolezza che questa materia costituisce uno degli temi politici più "caldi" a livello nazionale; un suo esame esplicito costringerebbe gli Stati Membri ad assumere posizioni largamente condivise a livello di governi ma tremendamente impopolari per l'elettorato in tema di modernizzazione di sistemi di protezione sociale; questi, infatti, pur considerati obsoleti, sono gli stessi che hanno consentito dal secondo dopoguerra in avanti l'affermazione dello Stato Sociale universalistico e hanno forgiato le attuali strutture sociali degli Stati Membri, almeno quelli appartenenti al blocco occidentale.

La Comunicazione della Commissione offre, dunque, agli Stati Membri una triplice àncora di salvezza: l'individuazione nell'integrazione economica, ormai avviata, del "*deus vult*" per *un certo tipo di modernizzazione* dei sistemi di protezione sociale; il volto umano dell'incremento occupazionale quale foglia di fico per l'essenza meramente economico-finanziaria dell'operazione; l'adozione del metodo della cooperazione/coordinamento a garanzia delle prerogative degli Stati Membri in tema di politica sociale. Manca, tuttavia, in questa descrizione, un elemento forte che meglio dissimuli le reali intenzioni della Commissione e degli Stati Membri, visto che l'incremento occupazionale potrebbe rivelarsi di per sé non sufficiente a motivare un cambiamento così radicale di un modello di protezione sociale largamente diffuso.

Quel qualcosa in più va ricercato in ciò che viene, di volta in volta, definito integrazione, inclusione, coesione e che la Commissione aveva già richiamato nella Comunicazione del 1997, sostenendo che gli individui la preferiscono al sostegno al reddito e che essa coincide con l'occupazione.

Fortunatamente, nella Comunicazione del 1999 questa supposta coincidenza viene mitigata e l'inclusione sociale torna a essere quella condizione materiale e morale di cui abbiamo detto all'inizio del saggio. Sul punto avremo modo di tornare tra breve.

Ciò che è interessante fissare, giunti a questa fase dell'analisi, è la motivazione, si spera ora evidente, che, a nostro avviso, ha contribuito in maniera decisiva a determinare la sterilità totale delle sia pur ridotte competenze degli organismi comunitari in materia di protezione sociale, da individuarsi nella comoda alternativa rappresentata da una SEO in larga parte imperniata sull'affermazione di un ben determinato tipo di modernizzazione dei sistemi di protezione sociale (eliminazione della funzione ridistribuiva del reddito), i cui effetti sul piano nazionale possono variare a seconda dell'attitudine del singolo Stato Membro nei confronti della responsabilità, esclusivamente politica anche nel caso della SEO, che ha assunto al solo livello comunitario[223]. Una simile alternativa può rappresentare un'utile sponda offerta agli Stati Membri a un prezzo politico

[223] In senso parzialmente simile D. ASHIAGBOR, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda…*, p. 17.

accettabile per sostenere nell'arena politica domestica scelte fortemente controverse che, in realtà, sono condivise in sede di Consiglio dai governi nazionali che, in quell'arena, le presentano, invece, come frutto di una decisione presa da altri altrove.

Di qui una plausibile spiegazione del perché i contenuti sopra elencati della SEO in materia di modernizzazione dei sistemi di protezione sociale non abbiano, tali e quali, potuto costituire, alla stregua di prescrizioni minime, il contenuto di una direttiva di principio adottata sulla base giuridica fornita dalla "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro" (art. 137 comma 1 vecchio testo). Una simile soluzione avrebbe, infatti, richiesto, per ciascuno Stato Membro, l'attivazione di un circuito di responsabilità politica, ancor prima che giuridica, a livello nazionale sia in sede di adozione della direttiva che di suo recepimento.

1.3 Modernizzazione attraverso l'inclusione sociale: un tentativo fallito.

La Comunicazione del 1999[224] costituisce un punto di svolta per ciò che concerne la formalizzazione dell'abbandono di qualsiasi velleità regolativa *hard* da parte degli organismi comunitari in materia di *protezione sociale*, con conseguente riconoscimento della competenza esclusiva degli Stati Membri in materia di organizzazione e finanziamento degli stessi. A esso corrisponde, però, la consacrazione del nesso, fortemente invasivo delle medesime competenze in termini di ridimensionamento della funzione ridistribuiva dei sistemi di protezione sociale, tra politiche dell'occupazione, orientamenti economici di massima e politica sociale. Rimane, tuttavia, da chiarire se dalla proposta di una strategia concertata per la modernizzazione della protezione sociale, avanzata nella stessa Comunicazione, emergano elementi che consentano di mitigare la valutazione negativa della vicenda complessiva sinora offerta.

In primo luogo occorre sottolineare che la Commissione utilizza l'espressione protezione sociale per indicare sia i sistemi di assicurazione sociale che quelli di assistenza sociale, in quanto entrambi funzionalizzati, nella logica della "modernizzazione", a realizzare un aumento quantitativo dell'occupazione[225] e a rendere meno traumatiche le conseguenze della frammentazione delle carriere lavorative, vista come ineluttabile nell'epoca della flessibilità. In questa prospettiva deve essere letta, infatti, la raccomandazione a che i sistemi di protezione sociale non intralcino la "vita economica" introducendo disincentivi al lavoro e alla creazione di nuovi posti ovviamente flessibili.

Ciononostante, come già prima accennato, è dato cogliere anche un elemento in sé positivo nella richiamata strategia, rappresentato dalla promozione dell'integrazione (inclusione) sociale quale obiettivo che deve essere perseguito, in parallelo, da quegli stessi sistemi di protezione sociali adattati alle esigenze del mercato flessibile. Questi, infatti, dovrebbero impegnare le proprie risorse non solo nel finanziamento di servizi per l'impiego efficienti che garantiscano formazione continua e opportunità di inserimento lavorativo per l'intero "ciclo della vita", ma anche nella garanzia di "un'adeguata rete di sicurezza, comprendente un reddito minimo e misure di accompagnamento al fine di combattere efficacemente la povertà e l'emarginazione dei singoli individui e dei nuclei familiari". Essi dovrebbero, infine, "contribuire a un approccio globale e integrato per

---

[224] COM(99) 347 final, 14.07.1999.

[225] I primi dei lavoratori anziani mediante l'innalzamento dell'età pensionabile.

combattere l'emarginazione sociale, ricorrendo a tutte le politiche appropriate a tutti i soggetti interessati"[226].

Come questo scenario, vagamente fiabesco, possa conciliarsi con l'obiettivo primario di contenere, quand'anche non ridurre, gli oneri finanziari dei sistemi di protezione sociale risulta comprensibile solo se si considera che, per rendere il lavoro appetibile (*make work pay*), la ricetta utilizzata nelle esperienze nordamericane e britannica si base su di una drastica riduzione dell'ammontare delle prestazioni sostitutive del reddito i cui risparmi vengono utilizzati per finanziare i servizi per l'impiego[227]. Il modello proposto rischia, quindi, di fondarsi su di un intrinseco equivoco relativo all'irrisorio ammontare del reddito minimo che rende praticamente obbligata l'opzione del beneficiario in favore di un'occupazione quale che sia ovvero retribuita appena al di sopra dello stesso (irrisorio) reddito minimo. Il che determina l'affermazione di politiche dell'occupazione meramente quantitative camuffare da politiche sociali.

Alla Comunicazione del 1999 va, comunque, ascritto il merito di aver se non altro cominciato a dotare di contenuto concreto l'espressione "lotta all'emarginazione sociale" contenuta nell'art. 137 comma 2 par. 3 TCE, e di aver posto le basi, almeno formali, per un approccio multidimensionale al problema dell'esclusione sociale non necessariamente identificata con la disoccupazione e, quindi, non esclusivamente affrontabile attraverso un qualsiasi inserimento nel mercato del lavoro. Peraltro, le priorità indicate nella Comunicazione verranno fatte proprie dalle Conclusioni del Consiglio del 17.12.1999 nelle quali il rafforzamento della cooperazione in materia di modernizzazione e miglioramento della protezione sociale viene per la prima volta indicato come obiettivo prioritario[228].

La posizione della Commissione Prodi, subentrata alla dimissionaria Commissione Santer nel settembre del 1999, appare fin da subito orientata verso la valorizzazione dell'inclusione sociale quale motore principale della modernizzazione dei sistemi di protezione sociale così come emerge nella Comunicazione al Consiglio Europeo di Lisbona del marzo 2000, significativamente intitolata "*Building an inclusive Europe*"[229].

Della Comunicazione deve essere anzitutto sottolineata l'individuazione nella lotta all'esclusione sociale di una delle sfide di maggior rilievo che gli Stati Membri sono chiamati ad affrontare soprattutto nella prospettiva della creazione di una società basata sulla conoscenza nella quale alle già note forme di esclusione sociale, materiale e morale, sono destinate a sommarsi quelle derivanti da un non omogeneo innalzamento dei livelli di sapere e, quindi, di qualificazione professionale della popolazione europea. Fornendo una lettura più articolata e consapevole del fenomeno, la nuova Commissione coglie appieno la natura multidimensionale dello stesso, nella quale rientra, senz'altro, l'accesso al mercato del lavoro, ma anche all'assistenza sanitaria, all'educazione, al sistema giudiziario, ai diritti, ai meccanismi decisionali e di partecipazione. In questa prospettiva nonostante il lavoro debba essere considerata la via principale all'inclusione, il fenomeno

---

[226] COM(99) 347 final 14.07.1999, p. 15.

[227] Il che rende, di fatto, tale soluzione inapplicabile all'Italia, a meno che non si pensi di utilizzare i fondi destinati a finanziare la Cassa Integrazione Guadagni o i risparmi ricavati dall'individuazione dei falsi invalidi.

[228] Conclusioni del Consiglio, 17.12.1999, GUCE C 8/7 12.1.2000.

[229] COM(2000) 79 final 1.03.2000.

dell'esclusione non coincide con quello della disoccupazione e, pertanto, non può essere affrontato e risolto con il semplice accesso al mercato del lavoro.

Un "adeguato livello di protezione sociale" se vuole essere realmente inclusivo, non può, dunque, essere garantito dalle sole politiche attive dell'occupazione anche se queste, ovviamente, soprattutto laddove offrano occupazione di qualità in linea con le aspirazioni economiche e professionali della persona attivata[230], possono costituire il primo passo verso l'inclusione.

In una simile prospettiva, la ribadita avversione della Commissione nei confronti di misure passive di ridistribuzione del reddito può essere condivisa laddove queste producano l'effetto di perpetuare la posizione di esclusione di coloro che non sono riusciti a stare al passo con il progresso economico e sociale della collettività in cui erano inseriti (*inactivity* o *poverty trap*). A essi è giusto che vengano garantite pari opportunità di (re)inclusione a patto che la qualità di vita nella condizione di inclusione non risulti peggiore di quella in precedenza subita.

Nella Comunicazione del 2000, la Commissione sembra, dunque, suggerire al Consiglio lo sviluppo di un insieme integrato di politiche di inclusione sociale, nell'ambito delle quali l'approccio proattivo adottato nella SEO, per quanto importante, costituisce solo uno degli elementi che concorrono alla modernizzazione dei sistemi di protezione sociale destinati a diventare maggiormente inclusivi. In questa prospettiva di ridimensionamento della primazia delle politiche dell'impiego sulle politiche sociali si colloca anche l'enfatizzazione, da parte della Commissione, del ruolo che il Fondo Sociale Europeo (d'ora in avanti FSE) sarebbe stato chiamato a svolgere nel sostegno complessivo alle politiche di inclusione, ruolo che il regolamento istitutivo dello stesso[231] limitava, allora, alla garanzia, ai soggetti socialmente esclusi, di pari opportunità nell'accesso al mercato del lavoro (art. 2 comma 1 lett. b).

Dal punto di vista della base giuridica e degli strumenti operativi mediante i quali attuare la nuova strategia dell'inclusione sociale la posizione della Commissione è estremamente chiara. Sulla scorta dell'art. 137 comma 2 par. 3 non avrebbe potuto essere adottato altro che un programma pluriennale a supporto della *cooperazione* tra gli Stati Membri in materia di lotta all'esclusione sociale[232] e non certo uno strumento di coordinamento; in forza di quanto previsto dall'art. 137 comma 1 alinea 4 ("integrazione delle persone escluse nel mercato del lavoro") avrebbe potuto, invece, essere adottata una direttiva quadro (*framework instrument*) contenente prescrizioni minime il cui contenuto avrebbe dovuto ricalcare quello della già citata Raccomandazione del Consiglio n. 441/1992/CE in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale.

La linea di tendenza inaugurata dalla Comunicazione del 2000 avrebbe potuto trovare immediato riscontro negli orientamenti per l'occupazione per lo stesso anno[233] nei quali, invece, non ne risuona che una lontana eco relativa alla necessità di adottare un coerente insieme di politiche

---

[230] Se si vuole, quindi, anche in termini di *capabilities*. Sul punto cfr., per tutti, B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "*capability*" nei modelli giuridici di regolazione del mercato del lavoro*, in www.aidlass.org/attivita/2006/Relazione_Caruso.pdf.

[231] Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1784/1999/CE, 12.07.1999, GUCE L 213/5, 13.08.1999 il quale sostituisce il testo originario della disciplina adottato con il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1262/1999/CE, 21.06.1999, GUCE L 161/48, 26.06.1999, su cui cfr. M. NAPOLI, *La riforma del Fondo Sociale Europeo*, in *RGL*, 2000, I, p. 899.

[232] Il programma sarà varato il 7 dicembre 2001 con la Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 50/2002/CE, GUCE L10/1, 12.01.2002 con un finanziamento di 75 milioni di euro.

[233] Decisione del Consiglio n. 2000/228/EC, 13.03.2000, GUCE L 72/15, 21.03.2000.

volte a promuovere l'integrazione nel mercato del lavoro di individui appartenenti a gruppi svantaggiati.

Atteggiamento appena meno distaccato nei confronti della richiamata tendenza dimostra il Consiglio Europeo di Lisbona il quale, se ignora totalmente la proposta di direttiva quadro, vara, in sua vece, senza peraltro indicarne la base giuridica, il MAC inclusione sociale. Evento questo da considerarsi necessariamente positivo in termini di affermazione dell'inclusione quale obiettivo dell'agenda sociale europea, ma non altrettanto per ciò che concerne l'approccio alla tematica contenuto nelle stesse Conclusioni del Consiglio. In esse, infatti, si verifica un singolare fenomeno di sdoppiamento che vede la strategia dell'inclusione (punti 32 – 34 delle Conclusioni) staccarsi dalla "modernizzazione dei sistemi di protezione sociale" (punto 31) per la quale avrebbe dovuto rappresentare, almeno nei desiderata della Commissione, l'obiettivo di sintesi da perseguire.

Le conseguenze negative di questo fenomeno si palesano nel ritorno in auge, per ciò che concerne i principi ispiratori della modernizzazione, della necessità di adattamento dei sistemi di protezione sociale al "contesto di uno Stato sociale attivo" nell'ambito del quale è dimostrato che "il lavoro paga", e in cui la promozione dell'inclusione sociale degrada da obiettivo di sintesi a obiettivo tra i tanti (sostenibilità dei sistemi pensionistici, parità di genere, servizi sanitari di qualità).

Che la prospettiva dell'inclusione sociale quale obiettivo di sintesi della modernizzazione dei sistemi di protezione sociale abbia perso lo slancio che sembrava aver trovato nella Comunicazione del 2000, è anche testimoniato dalla contraddittorietà delle dichiarazioni dedicate dalle Conclusioni alla nuova strategia dell'inclusione. Se, da un lato, infatti, ci si affretta ad affermare che "il lavoro costituisce la migliore salvaguardia contro l'esclusione sociale", dall'altro si cerca di correggere il tiro, auspicando una sorta di *mainstreaming* ovvero "la promozione dell'inclusione nelle politiche degli Stati membri in materia di occupazione, istruzione e formazione, sanità e edilizia abitativa" che pare richiamare la prospettiva sopra evocata.

Posto che la modernizzazione dei sistemi di protezione sociale risulta essere un obiettivo condiviso da tutti gli organismi comunitari e, quindi, anche dagli Stati Membri, resta da chiarire, e questo sembra essere l'oggetto di una contesa che vede contrapposti, al meno all'inizio del secolo, Commissione e Consiglio (Europeo), se debba prevalere la logica fondata sulla modernizzazione attraverso il ridimensionamento/eliminazione delle prestazioni ridistributive e la trasformazione delle politiche sociali in politiche attive dell'occupazione (*make work pay*) oppure la logica che vede nella realizzazione di un sistema di protezione sociale inclusivo la cifra della modernizzazione.

Nella Comunicazione che contiene la proposta al Consiglio Europeo di Nizza dell'Agenda sulla Politica Sociale Europea 2000 – 2005[234], la Commissione rilancia la prospettiva sintetica cercando, però, di adattare la propria posizione al rifiuto opposto dagli Stati Membri nel Consiglio Europeo di Lisbona di porre al vertice di tale prospettiva l'inclusione sociale. Il risultato è uno spostamento di fuoco sullo sviluppo di una *politica sociale di qualità*, autonoma, che tenda all'obiettivo della *coesione sociale* (artt. 158 e ss. TCE anche se non espressamente richiamati dalla Comunicazione), in coordinamento con la politica economica (competitività) e con la SEO (pieno impiego)[235]. In

[234] Social Policy Agenda 2000 – 2005 COM(2000) 379 final 28.06.2000.

[235] COM(2000) 379 final, p. 6.

quest'ottica, la dimensione occupazionale, per divenire fattore di integrazione, deve essere caratterizzata, secondo la Commissione, dalla qualità del lavoro e non soltanto da un aumento quantitativo dell'impiego (*more and better jobs*). La stessa politica delle pari opportunità di genere assume un respiro più ampio, uscendo dall'asfittica dimensione dell'integrazione quantitativa nel mercato del lavoro per assurgere a piena partecipazione delle donne alla vita economica, scientifica, sociale e politica quale elemento chiave di una democrazia realmente compiuta.

Non è un caso, quindi, che nell'Agenda vengano chiaramente distinti gli obiettivi della SEO (pieno impiego e lavoro di qualità) da quelli della Politica Sociale (lotta all'esclusione sociale e promozione di maggiori e migliori opportunità d'impiego per i gruppi svantaggiati), e venga chiarito anche come la prima debba avvalersi degli strumenti posti a disposizione dal Titolo VIII (Occupazione) TCE e la seconda di quelli contenuti nel Titolo XI (Politica sociale).

Ciononostante, sempre dal punto di vista degli strumenti d'azione, la Commissione non può far altro che prendere atto dell'implicita bocciatura, da parte del Consiglio Europeo di Lisbona, della proposta di direttiva quadro sull'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro la quale, nell'Agenda, si trasforma in una proposta di *consultazione* di tutti gli attori rilevanti per definire le migliori modalità di integrazione degli esclusi. Allo stesso modo la Commissione prende atto dell'avvenuta equiparazione del MAC inclusione al coordinamento delle politiche dell'occupazione, pur in assenza di una base giuridica che esplicitamente la consenta.

Pur approvata dal Consiglio Europeo di Nizza (7-9.12.2000, punto 15 delle Conclusioni), l'Agenda produce solo in parte gli effetti sperati dalla Commissione. Se da un lato, infatti, gli Orientamenti per l'occupazione 2001 vedono comparire al loro interno, quale impegno alquanto generico, l'innalzamento della qualità del lavoro (Obiettivo orizzontale A), dall'altro (Considerando 6), essi richiamano i principi di Lisbona circa una modernizzazione dei sistemi di protezione sociale che assicuri la maggiore appetibilità del lavoro rispetto alle prestazioni di sicurezza sociale (*make work pay*) e spingono per la riforma dei sistemi di protezione sociale al fine di evitare che questi creino fenomeni di segregazione nella povertà (*poverty trap*).

Ugualmente e internamente contraddittorio, si configura il riferimento operato alla lotta alle discriminazioni e alla promozione dell'inclusione sociale attraverso il lavoro, in quanto a un condivisibile richiamo a percorsi individuali consistenti in politiche attive e preventive di inserimento nel mercato del lavoro al fine di evitare la marginalizzazione, la condizione di povertà nel lavoro (*working poors*) e l'esclusione della persona, si contrappone una limitazione di tali misure ai soli individui appartenenti a gruppi svantaggiati[236], con il rischio di creare segmentazioni del mercato del lavoro e politiche dell'impiego a due velocità.

Infine, gli Orientamenti 2001 contengono un'ulteriore carica eversiva nei confronti dei sistemi di protezione sociale, laddove, tra gli elementi che influenzano negativamente il tasso di partecipazione delle donne al mercato del lavoro, collocano, in maniera del tutto generica, le prestazioni di sicurezza sociale. Il rischio, anche in questo caso, è che, in nome di un indiscriminato incremento quantitativo del tasso di occupazione femminile, si vada a incidere su prestazioni pensate

---

[236] Sul punto cfr., per tutti, i contributi raccolti nel volume curato da M. CFR. BALLESTRERO e G. G. BALANDI, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, Il Mulino, 2005.

per consentire a donne componenti di nuclei familiari monoparentali di poter svolgere, ove lo desiderino, l'attività di cura della prole senza doversi sobbarcare un'altra attività lavorativa (sul mercato), magari di basso contenuto professionale e retributivo[237].

Volendo sintetizzare gli esiti degli sviluppi politici sin qui illustrati si può affermare che, nonostante i tentativi delle Commissione Prodi, è prevalso, all'interno del Consiglio e del Consiglio Europeo, un orientamento contrario a porre in essere una politica di protezione sociale comunitaria autonoma dalla politica per l'occupazione, fondata sui pur deboli referenti normativi contenuti nel Titolo XI TCE e volta, dunque, a creare un sistema europeo di prestazioni di sicurezza sociale a seguito di un'assunzione esplicita di responsabilità politica e giuridica da parte degli Stati Membri in tal senso.

Allo stesso modo, si è rinunciato allo sviluppo di una politica sociale che riconoscesse nell'inclusione sociale l'obiettivo di sintesi verso il quale indirizzare la modernizzazione dei sistemi nazionali di protezione sociale. Il varo del MAC inclusione sociale, infatti, se da un lato ha consentito un recupero formale di quest'ultima dimensione, dall'altro ne ha determinato il tramonto quale elemento caratterizzante la politica sociale comunitaria, dal momento che ne ha sancito la definitiva separazione dall'obiettivo della modernizzazione.

La vera politica sociale comunitaria è, dunque, sempre più affidata a un progressivo rafforzamento del rapporto tra politiche attive dell'occupazione (SEO) e modernizzazione dei sistemi di protezione sociale in termini di rivisitazione di questi ultimi al fine di renderli maggiormente favorevoli all'occupazione (*employment friendly*) e di far sì che una qualsiasi occupazione diventi più appetibile delle prestazioni sostitutive del reddito (*make work pay*).

Se non che, mentre la *pars destruens* di una simile strategia di modernizzazione risulta facilmente perseguibile in considerazione dell'estrema debolezza politica degli attuali e potenziali titolari delle prestazioni destinate a scomparire o a essere ridimensionate, la *pars construens* della medesima pare molto più difficile da realizzare sia per le ben maggiori resistenze politiche che possono essere frapposte da gruppi decisamente più forti dei socialmente esclusi sia per le difficoltà di *progettazione* e i costi di gestione estremamente più alti che essa comporta.

Il rischio è dunque, che gli Stati Membri si dimostrino estremamente pronti nel rispettare l'impegno politico assunto a livello comunitario per ciò che concerne lo smantellamento o il ridimensionamento drastico delle prestazioni sostitutive del reddito[238], tanto da farlo assurgere, a uso politico domestico, a vero e proprio obbligo, ma che si limitino soltanto a questo. In ciò facilitati da un mercato del lavoro ormai ricco di "opportunità" occupazionali di scarsa qualità economica che ben si confanno all'altrettanto scarsa od obsoleta professionalità di coloro che da quello stesso mercato erano stati esclusi, scoraggiati o ne avevano tratto "benefici" economici così ridotti da essere dover essere considerati al di sotto della soglia di povertà e, dunque, titolari di prestazioni di sostegno al reddito delle quali vengono ora privati.

---

[237] Cfr. A. GRAY, *'Making Work Pay' – Devising the Best Strategy for Lone Parents in Britain*, in *JSP*, 2001, p. 189.

[238] Lo stesso vale, purtroppo, per l'assetto normativo del rapporto di lavoro, alla cui flessibilizzazione si proceda prima di aver posto mano alla creazione di un sistema adeguato di tutele nel mercato, come avvenuto nel caso italiano.

1.4 Il quadro normativo all'esito del Trattato di Nizza: materie, finalità e strumenti d'intervento.

La lunga digressione condotta sul sostrato meta-giuridico del Trattato di Nizza consente ora di cogliere con chiarezza il significato degli sviluppi registrati in materia sociale.

L'aggiunta, nell'art. 137 nuovo testo, tra i settori di possibile intervento del Consiglio, della "lotta contro l'esclusione sociale" (comma 1 lett. k) e della "modernizzazione dei sistemi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lettera c" quali ambiti distinti, conferma quanto evidenziato in precedenza circa l'emersione di un'esigenza condivisa di riforma dei sistemi di protezione sociale che non coincide, però, con il paradigma dell'inclusione sociale. Questa, proprio nel momento in cui assurge a materia di competenza comunitaria, subisce il declassamento da potenziale obiettivo di sintesi e cifra interpretativa del modello sociale europeo a materia tra le tante, non necessariamente collegata all'istanza di "modernizzazione dei sistemi di protezione sociale".

Quest'ultima, a sua volta, non può però interferire con le competenze riconosciute al Consiglio dalla lettera (c) in materia di "sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori", confermando, così, *a contrario*, l'interpretazione avanzata nei paragrafi precedenti circa la natura di endiadi da riconoscersi a quell'espressione, non riferibile, dunque, agli aspetti universalistici dei sistemi di sicurezza sociale.

Tuttavia, l'interpretazione dell'intero impianto di competenze delineato dall'art. 137 comma 1 deve confrontarsi con quanto disposto dal comma 4 par. 1 secondo cui le disposizioni adottate a norma dello stesso "non compromettono la facoltà riconosciuta agli Stati Membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso"[239].

La norma si presta a varie considerazioni di carattere generale e particolare. Quanto alle prime, essa fa il paio con la disposizione successiva che, rispetto alle medesime disposizioni adottate a norma dell'art. 137, afferma che esse non "ostano a che uno Stato Membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con il presente trattato, che prevedano una maggiore protezione". Si tratta, dunque, di norme poste a tutela della libertà decisionale degli Stati Membri di costruire un sistema di sicurezza sociale diverso da quello eventualmente concordato a livello comunitario, sicuramente nei principi fondamentali, ma anche nei costi, visto che pure il divieto posto al legislatore comunitario di incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario ben può essere vanificato dalla volontà dello Stato Membro di stabilire misure di maggiore protezione. In quanto tali, dette clausole non consentono alcuna possibilità di limitare la volontà politica del singolo governo nazionale nel momento in cui, agendo nel rispetto delle *eventuali* prescrizioni minime dettate dal diritto comunitario, decida di intervenire per ridimensionare i livelli (nazionali) di tutela in precedenza definiti da legislatori più sensibili alle istanze sociali.

Quanto alle considerazioni di carattere particolare ovvero formulate rispetto alle due nuove competenze riconosciute dalle lettere j) e k), il ragionamento non può che muoversi sulla medesima lunghezza d'onda, visto che, secondo la nuova formulazione dell'art. 137 comma 2 lett. a), il Consiglio può adottare rispetto alle stesse soltanto misure volte a incoraggiare la cooperazione, "a

---

[239] Ciò almeno fintantoché il sistema di sicurezza sociale mantenga quel quoziente di solidarietà ritenuto indispensabile dalla Corte di giustizia per sottrarlo alla sfera di operatività del diritto comunitario della concorrenza. Sul punto cfr. E. ALES, *L'integrazione europea tra diritti sociali e mercato: il caso degli infortuni sul lavoro*, in *RDSS*, 2004, p. 1.

esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". E, dunque, in nessun modo le misure in questione possono portare a una armonizzazione se non realizzata per comportamenti concludenti posti in essere dal singolo Stato membro (quella che abbiamo definito auto-convergenza). Anche in questo caso, quindi, siamo in presenza di disposizioni a tutela non dello *status quo ante* ma della libertà politica dei governi nazionali nel dare forma ai propri sistemi di protezione sociale.

Tuttavia, anche se si volesse attribuire alle norme in questione una funzione difensiva dell'interesse dei cittadini di uno Stato membro a che il *loro* governo non acconsenta all'adozione di norme comunitarie dotate di effetto regressivo rispetto al livello di protezione sociale nazionale, ci si troverebbe costretti a rilevare che, per esplicita volontà del legislatore comunitario, le disposizioni limitative di cui al comma 4 dell'art. 137 operano con esclusivo riferimento a misure comunitarie adottate ai sensi del medesimo articolo e non, dunque, ad esempio, frutto degli orientamenti decisi in sede di SEO.

Emerge ancora una volta confermato l'effetto depotenziante del Titolo Occupazione rispetto al Titolo Politica sociale ed evidenziato il carattere dirompente della scelta del legislatore comunitario di dotare di collocazione e base giuridica diverse aree tematiche le quali, alla luce dei recenti sviluppi in materia di politiche per l'impiego e in una visione del diritto del lavoro come sistema integrato di microsistemi, dovrebbero essere, invece, oggetto, di intervento consapevolmente coordinato, al fine di evitare che l'aspetto maggiormente discutibile e discusso dell'una (ridimensionamento indiscriminato della funzione ridistribuiva dei sistemi di protezione sociale) diventi la via primaria di sviluppo dell'altra.

Purtroppo, come avremo modo di vedere nel dettaglio più avanti, questa condizione di subalternità della politica sociale rispetto alla politica dell'occupazione invece di attenuarsi è andata accentuandosi negli anni successivi all'entrata in vigore del Trattato di Nizza, rendendo necessario uno spostamento di prospettiva anche nello svolgimento della ricerca la quale si è dovuta dimostrare sempre più attenta agli sviluppi registrati sul versante occupazione piuttosto che su quello inclusione sociale. Quest'ultimo, infatti, dopo gli effimeri fasti del 2000 – 2001[240] e a seguito della sua separazione dall'obiettivo della modernizzazione dei sistemi di protezione sociale[241], ha progressivamente perso molto del suo originale fascino e persino rischiato di scomparire nel 2005 come autonoma strategia, venendo, almeno formalmente, recuperato, in parte negli aspetti occupazionali della nuova Strategia di Lisbona, in parte in un nuovo MAC protezione e inclusione sociale nel quale confluiscono riforma dei sistemi pensionistici e tutela della salute.

Nel paragrafo che segue si cercherà di dar conto di una tormentata e complessa stagione di cambiamenti dai quali emerge un approccio alla politica sociale fortemente influenzato dalle

---

[240] Tanto che si era giustamente parlato di "trionfo del metodo aperto di coordinamento", indicando, però, nell'affermazione di diritti sociali fondamentali a livello europeo, un suo indispensabile referente e limite giuridico: così S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale*. *Diritti fondamentali e procedure di* soft law, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/sciarra_n16-2003int.pdf, p. 5 ss. nonché, EAD., *Fudamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/sciarra_n36-2005int.pdf, p. 16 ss. Alla stessa fase si riferisce il positivo giudizio di E. ALES, *La modernizzazione …*, cit. e di S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedom …*, cit., p. 124.

[241] L'art. 34 della Carta di Nizza (GUCE C 364/1, 18.12.2000) fornisce, tuttavia, indicazioni che paiono porsi in contraddizione con le tendenze evidenziate nel testo in quanto, dopo aver distinto tra sicurezza sociale (dei lavoratori) al comma 1 e assistenza sociale (degli indigenti) al comma 3, ricollega correttamente quest'ultima alla lotta all'esclusione sociale e alla povertà. Sul punto cfr. E. ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *DL*, 2001, I, p. 111.

dimensioni economica e occupazionale, il non soddisfacente andamento delle quali sembra, però, aver risvegliato l'interesse degli Stati membri e degli organismi comunitari nei confronti di uno degli obiettivi dell'integrazione europea la cui dimensione sociale era stata, sino a quel momento, sottovalutata ovvero il rafforzamento della coesione economica e *sociale* (artt. 158 e ss. TCE).

2. La "modernizzazione" dei sistemi di protezione sociale attraverso le politiche dell'occupazione.

Separata dalla lotta all'esclusione sociale, la modernizzazione dei sistemi di protezione sociale tende sempre di più a identificarsi con la SEO e, quindi, a condividerne le sorti. Se, però, la separazione ha costituito, a nostro avviso, un fattore inibitore dello sviluppo di una politica sociale autonoma, responsabile ed esplicita a livello comunitario, non vi è dubbio che il nesso tra modernizzazione e SEO ha prodotto una serie di apprezzabili *tentativi* volti a rendere la SEO maggiormente consapevole, se non altro, del fatto che solo un lavoro di qualità può legittimamente aspirare a costituire, in sé, uno strumento di protezione sociale degno di questo nome.

Non è un caso che il primo e forse più importante di questi tentativi si sia prodotto sotto la Presidenza svedese dell'Unione nell'ambito del Consiglio Europeo di Stoccolma (23-24.03.2001). Sotto il titolo "Modernizzazione del modello sociale europeo", infatti, le Conclusioni del Consiglio (punto 26) indicano quale priorità dell'azione comunitaria il raggiungimento della condizione di pieno impiego non solo attraverso un aumento quantitativo dell'occupazione ma, soprattutto, mediante un miglioramento della qualità del lavoro. In una simile prospettiva "sarebbe necessario compiere maggiori sforzi per promuovere un buon ambiente di lavoro per tutti, comprese pari opportunità per i disabili, la parità di genere, un'organizzazione del lavoro efficace e flessibile che consenta di conciliare meglio la vita lavorativa con la vita privata, l'apprendimento lungo l'intero arco della vita, l'igiene e sicurezza sul luogo di lavoro, la partecipazione dei lavoratori e la diversificazione nella vita lavorativa." (punto 26 delle Conclusioni).

Commissione e Consiglio vengono, dunque, invitati a elaborare indicatori sulla qualità del lavoro che saranno approvati dal Consiglio Europeo di Laeken (14-15.12.2001)[242].

La Commissione, forte di questo mandato e della rinnovata fiducia che il Consiglio Europeo di Stoccolma ripone nell'Agenda per la politica sociale, cerca di riproporre le considerazioni in essa già formulate in materia di collegamento tra politiche sociali e politiche occupazionali di qualità, ricordando, nella sua Comunicazione del 2001[243], che il perseguimento di più elevati e migliori livelli di impiego e di prestazione economica non può essere disgiunto dalla modernizzazione complessiva del modello di sociale europeo, la quale, a sua volta, consiste nel garantire uno società socialmente inclusiva[244].

---

[242] Per un'accurata analisi critica e ragionata degli indicatori in materia di qualità del lavoro cfr. F. RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ravelli_n43-2005int.pdf, p. 22 ss. Nel medesimo Consiglio Europeo di Laeken verranno approvati anche gli indicatori sull'inclusione sociale come elaborati dal Comitato per la Protezione Sociale. Sul ruolo degli indicatori nel processo di inclusione sociale cfr., per tutti, T. ATKINSON, E. MARLIER, B. NOLAN, *Indicators and Targets for Social Inclusion in the European Union*, in *JCMS*, 2004, p. 47.

[243] *Employment and Social Policies: a Framework for Investing in Quality*, COM(2001) 313 final, 20.6.2001. Corroborata da *Improving Quality in Work: a Review of Recent Progress*, COM(2003) 728 final, 26.11.2003.

[244] COM(2001) 313 final, p. 5.

Il tentativo della Commissione sembra trovare positivo riscontro negli Orientamenti per l'occupazione per il 2002[245] nei quali, al Considerando 14, si ricorda che il Consiglio Europeo di Lisbona ha lanciato un "processo" di coordinamento aperto in materia di inclusione sociale e che tra questo e la SEO dovrebbero essere garantite interazione e coerenza. Tuttavia, proprio nel recepimento pedissequo degli indicatori di qualità del lavoro elaborati dalla Commissione[246] questa linea di condotta trova una evidente contraddizione nella mancanza, tra le molteplici dimensioni di qualità richiamate[247], della più importante, almeno nella prospettiva di rendere il lavoro strumento adeguato di protezione sociale, ovvero una retribuzione sufficiente o, se non altro, dignitosa.

Le motivazioni per le quali i documenti comunitari non contengono alcun riferimento agli aspetti retributivi sono riconducibili sia all'esclusione esplicita dalle competenze del Consiglio della materia salariale (art. 137 comma 5) sia, in misura a nostro avviso decisamente maggiore, alla considerazione che, individuando in una retribuzione sufficiente o dignitosa uno degli indicatori di qualità che l'occupazione offerta alla persona esclusa da integrare nel mercato del lavoro dovrebbe presentare, si vanificherebbe uno degli effetti attesi, ma non pubblicizzati, della strategia fondata sulla maggiore appetibilità del lavoro rispetto alle prestazioni di sicurezza sociale (*make work pay*) ovvero il basso costo della manodopera che, solo, giustificherebbe l'assunzione di un soggetto a suo tempo ritenuto dal mercato stesso privo della qualità professionale necessaria per accedere a lavori dignitosamente remunerati[248].

In ogni caso un brusco richiamo alla cruda realtà dei fatti viene dal di poco successivo Consiglio Europeo di Barcellona (15-16.03.2002), nelle cui Conclusioni (punto 32), perfettamente in linea con l'approccio scarsamente sensibile alle problematiche sociali dell'ospite di turno, si afferma che "per quanto concerne le politiche dell'occupazione (..) i sistemi di protezione sociale dovrebbero essere adeguati per rendere appetibile il lavoro e incoraggiare la ricerca di posti di lavoro. Gli Stati membri dovrebbero perseguire il riesame di aspetti quali le condizioni di titolarità delle prestazioni, la loro durata, il tasso di sostituzione, la disponibilità di prestazioni di integrazione del reddito da lavoro, il ricorso a crediti di imposta, il rigore dei sistemi di gestione".

Ovviamente, in questa prospettiva, al fine di ottenere un giusto equilibrio tra flessibilità e sicurezza, gli Stati membri sono invitati a riesaminare la normativa sui contratti di lavoro e, ove opportuno, i relativi costi, al fine di promuovere la creazione di più posti di lavoro: la qualità, infatti,

---

[245] Decisione del Consiglio n. 2002/177/CE, 18.02.2002, GUCE L 60/60, 1.03.2002.

[246] COM(2001) 313 final.

[247] "I settori da prendere in considerazione dovrebbero includere sia le caratteristiche dell'impiego (ad esempio la qualità intrinseca del posto di lavoro, le competenze, l'apprendimento lungo tutto l'arco della vita e l'evoluzione della carriera), sia il contesto più ampio del mercato del lavoro, che abbraccia parità tra i sessi, salute e sicurezza sul lavoro, flessibilità e certezza dell'impiego, integrazione e accesso al mercato del lavoro, organizzazione del lavoro ed equilibrio lavoro-vita privata, dialogo sociale e coinvolgimento dei lavoratori, pluralità e non discriminazione, risultati complessivi dell'attività lavorativa e produttività." (Orientamento orizzontale B).

[248] Gli effetti negativi di questa dinamica si sono dimostrati così evidenti da costringere il Governo Laburista britannico a introdurre un salario minimo legale. Tale dinamica è destinata a produrre conseguenze tanto evidenti quanto devastanti sui sistemi di contrattazione collettiva.

permetterà di migliorare i livelli occupazionali *solo se* non creerà nuove *rigidità* nel mercato del lavoro[249].

In un simile contesto non desta sorpresa l'affermazione secondo la quale "nonostante il carattere multidimensionale del fenomeno (dell'esclusione sociale), il migliore strumento per ottenere l'integrazione è il lavoro, obiettivo per il quale è essenziale la collaborazione tra servizi dell'occupazione e servizi sociali, in modo che entrambi i meccanismi migliorino l'occupabilità delle persone socialmente escluse. L'occupazione è sempre meglio della disoccupazione, però devono sussistere alcune condizioni minime e le opportunità per progredire sul piano lavorativo."[250]. Stoccolma è così cancellata.

Emerge tuttavia nelle indicazioni appena citate un interessante richiamo all'interazione tra politiche dell'occupazione e politiche sociali che trova eco e più raffinata sistemazione concettuale nelle Conclusione della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles (20–21.03.2003). In esse, sotto il titolo "Modernizzazione del modello sociale europeo", oltre che dell'obiettivo dell'incremento quantitativo e qualitativo dell'occupazione, si parla di solidarietà e inclusione sociale quali strumenti ideali per la promozione di un livello elevato di *coesione sociale* da raggiungere attraverso un consistente e *reciproco* rafforzamento dell'integrazione tra politiche dell'occupazione e politiche sociali.

Colto l'accento posto sull'esigenza di integrazione e coerenza tra le due politiche, si tratta di stabilire se, effettivamente, essa si intenda come *reciproca* e *paritaria* oppure se non nasconda, ancora una volta una logica di subalternità dell'una (politica sociale) rispetto all'altra (occupazione). L'interrogativo è sciolto in maniera deludente dalla stessa Commissione la quale, incaricata dal richiamato Consiglio Europeo di Bruxelles di presentare una proposta di miglioramento del quadro complessivo delle politiche di protezione sociale (punto 50 delle Conclusioni), individua, nella funzionalizzazione del MAC Inclusione sociale al rafforzamento della SEO e degli Indirizzi di massima per le politiche economiche (art. 99 TCE), il fine al quale indirizzare la razionalizzazione (*streamlining*) della dimensione sociale della Strategia di Lisbona[251].

Quel che ne risulta è un affinamento della strategia fondata sulla maggiore appetibilità del lavoro rispetto alle prestazioni di sicurezza sociale (*make work pay*), frutto di fondate preoccupazioni circa l'inadeguatezza di un lavoro "di qualità" privo della qualità principale (retribuzione sufficiente) a costituire un adeguato succedaneo delle prestazioni sostitutive del reddito e, quindi, ad assumere il ruolo di strumento di protezione sociale *ex se*.

---

[249] In questo senso appare decisamente ottimistica la posizione di chi non ritiene lo smantellamento dei sistemi di tutela degli *insiders* un portato, sia pure indiretto, della SEO: così S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/giubboni_n46-2006int.pdf, 2006, p. 18.

[250] Per una lettura condivisibilmente critica di questa impostazione cfr., nella dottrina italiana, A. DURANTE, *Il reddito di cittadinanza: verso un nuovo modello di protezione sociale?*, in *RGL*, I, 2006, p. 403 e S. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 282 ss., la quale mette in guardia rispetto alla "ammaliante sirena della Sicurezza attiva".

[251] *Strengthening the Social Dimension of the Lisbon Strategy: Streamlining Open Coordination in the Field of Social Protection*, COM(2003) 261, 27.5.2003. Confermata e attuata da *Working Together, Working Better: A New Framework for the Open Coordination in Social Protection and the Inclusions Policies in the EU*, COM(2005) 706 final, 22.12.2005.

Il nuovo assetto propositivo, formalizzato in un importante documento del Comitato per la Protezione Sociale istituito dal Trattato di Nizza (art. 144 TCE), trova immediata conferma negli Orientamenti per l'occupazione per il 2003[252] (ribaditi, poi, per il 2004[253]), nei quali viene evocata, sia pure con qualche cautela (Orientamento 8), la necessità di una transizione dalle prestazioni sostitutive del reddito da lavoro (*out-of-work benefits*) a quelle integrative del reddito da lavoro (*in-work benefits*), peraltro già ampiamente note nell'esperienza britannica[254], anche al fine di ridurre il numero dei lavoratori ridotti in condizioni di povertà dall'aver dovuto accettare un'occupazione retribuita al di sotto del livello di sufficienza (*working poors*).

Con l'individuazione nella SEO del motore effettivo della *modernizzazione del modello sociale europeo* si compie il destino delle politiche sociali che avrebbero potuto essere sviluppate *ex* art. 137 camma 1 lett. h) e j)[255]. La preferenza che gli Stati membri sono chiamati ad accordare a prestazioni integrative del reddito rispetto a quelle sostitutive in nome della crescita occupazionale, infatti, ben potrebbe costituire uno dei punti qualificanti di una strategia di riforma dei sistemi di protezione sociale fondata, è opportuno sottolinearlo, sulla de-responsabilizzazione dal lato della domanda di lavoro (imprenditori) e sulla iper-responsabilizzazione della collettività chiamata a sostenere i costi economici e sociali del lavoro di scarsa qualità.

A nostro avviso, due elementi si sono rivelati decisivi nel determinare la scelta in favore dell'applicazione del coordinamento *ex* art. 128 TCE alla materia della protezione sociale.

In primo luogo, il nesso stringente (coerenza) imposto dall'art. 126 comma 1 tra obiettivi di crescita occupazionale e Indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità adottate a norma dell'art. 99 TCE, nesso che tende a far prevalere la dimensione quantitativa dell'integrazione nel mercato del lavoro, si rivela difficilmente compatibile con politiche sociali che vedano nel lavoro di qualità l'unica alternativa plausibile alle prestazioni sostitutive del reddito, ma perfettamente in linea con il paradigma di modernizzazione del modello sociale europeo fatto proprio dagli Stati membri nei Consigli Europei.

In secondo luogo, la sua natura di strumento ambiguamente collocato tra *hard* e *soft law* nel senso già in precedenza indicato ovvero non per ciò che concerne l'assunzione di responsabilità sul piano giuridico, evidentemente esclusa, ma per quanto riguarda la possibilità, per il singolo Stato membro di far valere o di disconoscere con altrettanta facilità a livello nazionale la responsabilità assunta all'interno delle istituzioni comunitarie. Rimane, infatti, da verificare la volontà politica del singolo governo nazionale di considerare vincolante l'impegno assunto a livello comunitario anche con riferimento alla *pars construens* del modello sociale europeo "modernizzato" che dovrebbe seguire, quale conseguenza naturale, la ben più semplice ed economicamente vantaggiosa attuazione della *pars destruens* della modernizzazione del sistema di protezione sociale rappresentata dall'eliminazione delle prestazioni sostitutive del reddito.

---

[252] Decisione del Consiglio n. 2003/578/CE, 22.07.2003, GUCE L 197/13, 5.08.2003.

[253] Decisione del Consiglio n. 2004/740/CE, 4.10.2004, GUCE L 326/45, 29.10.2004.

[254] Anche in questo caso la letteratura è sconfinata. Cfr., almeno, C. GROVER, J. STEWART, *'Market Workfare': Social Security, Social Regulation and Competitiveness in the 1990s*, in *JSP*, 1999, p. 73; P. TAYLOR-GOOBY, T. LARSEN, J. KANANEN, *Market Means and Welfare Ends: The UK Welfare State Experiment*, in *JSP*, 2004, p. 573.

[255] Sul punto cfr. anche *Modernising Social Protection for More and Better Jobs a comprehensive approach contributing to making work pay*, COM(2003) 842 final, 30.12.2003.

Così come rimane da vedere quanto un simile disegno possa essere realizzato senza incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario degli Stati membri, visto che pur non potendosi invocare l'art. 137 comma 4 par. 2, la coerenza della SEO con gli Indirizzi di massima delle politiche economiche impone agli stessi il rispetto di stringenti vincoli di bilancio anche con riferimento alle politiche per l'occupazione.

Tuttavia, proprio sul versante dell'allocazione di risorse economiche adeguate per lo sviluppo di politiche nazionali ispirate alle ambiziose linee guida sopra descritte, emerge, dagli Orientamenti per il 2003, un elemento positivo del nesso tra dimensione occupazionale e dimensione economica dell'azione comunitaria, consistente nel collegamento tra SEO e politica di coesione economica e sociale ovvero nella messa a disposizione, per lo sviluppo delle politiche dell'occupazione non solo del FSE (art. 146 TCE), ma anche degli altri Fondi Strutturali (artt. 158 e ss. TCE). Se ciò non rende, ovviamente, meno criticabile, il perdurante prevalere, nei documenti comunitari, della dimensione quantitativa dell'integrazione nel mercato del lavoro, costituisce, però, come vedremo, un incentivo concreto all'attuazione, da parte degli Stati membri, della *pars construens* del modello sociale europeo "modernizzato" attraverso la messa a disposizione di finanziamenti comunitari.

3. Dall'inclusione sociale alla coesione sociale: conseguenze e possibili scenari futuri di un circolo virtuoso.

L'ormai acclarata individuazione nella SEO dello strumento primario di "modernizzazione" del modello sociale europeo, non determina soltanto la totale condivisione del destino della prima da parte della seconda, esito sul quale torneremo più avanti, ma pone anche un pressante interrogativo circa la sorte del MAC Inclusione sociale. Se, infatti, da parte degli organismi comunitari, il migliore strumento di inclusione sociale è ritenuto essere l'integrazione nel mercato del lavoro, attuata, però, da sistemi di protezione sociale "modernizzati" secondo i dettami contenuti nella SEO ovvero di fatto votati a un incremento *quantitativo* dell'occupazione, quale ruolo possono svolgere, sempre a livello comunitario, le altre dimensioni dell'inclusione sociale? O meglio, gli organismi comunitari sono tuttora inclini a impegnarsi nella lotta a manifestazioni dello stato di esclusione sociale diverse dalla condizione di disoccupazione e, quindi, a sviluppare politiche dell'inclusione sociale diverse dalle politiche dell'occupazione?

La condizione di difficoltà nella quale versava il MAC inclusione sociale dopo i fasti del 2000-2001 si era già palesata nella richiesta alla Commissione e al Consiglio formulata dal Consiglio Europeo di Bruxelles del 2003 (punto 50 delle Conclusioni) di rivedere il quadro complessivo delle politiche di "protezione sociale", evidentemente altre rispetto a quelle fondate sull'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro. Ne era derivata, da parte della Commissione, una proposta di razionalizzazione (*streamlining*) della dimensione sociale della Strategia di Lisbona, fatta propria dal Consiglio, che molto assomigliava a una campana a morto per il MAC inclusione, funzionalizzato alla SEO e alla realizzazione degli Indirizzi di massima delle politiche economiche e accorpato alla sostenibilità dei sistemi previdenziali e alla qualità delle prestazioni sanitarie, tanto da essere destinato a trasformarsi in MAC protezione sociale *e* inclusione sociale[256].

[256] COM(2003) 261, 27.5.2003.

Le vicende, apparentemente separate, della SEO e del MAC protezione sociale e inclusione sociale erano però destinate a intrecciarsi nuovamente, anche se non positivamente, con l'insediamento della Commissione Barroso (fine novembre 2004), portatrice di una visione estremamente riduttiva della dimensione sociale europea, nella convinzione che questa esaurisca le sue funzioni nel favorire una crescita quantitativa dei tassi di attività sul mercato del lavoro, a sua volta generatrice di crescita economica.

Nel suo documento programmatico di debutto[257], volto a dotare di un nuovo inizio la stagnante Strategia di Lisbona, la nuova Commissione sintetizza nel motto "*Growth and Jobs*" la sua missione, sottolineando come "l'incremento dei livelli occupazionali è il mezzo più efficace per generare la crescita economica e per promuovere economie socialmente inclusive.". L'investimento nel capitale umano e la parità nei punti di partenza e non di arrivo costituiscono, però, la chiave di lettura del motto[258]. Anche in questo caso, quindi, l'inclusione sociale si risolve nell'integrazione nel mercato del lavoro[259].

La Comunicazione della Commissione viene presentata al Consiglio Europeo di Bruxelles del 22-23.03.2005 insieme a una proposta di Agenda sociale[260] perfettamente in linea, nella quale si individuano due aree prioritarie di intervento: il pieno impiego e lo sviluppo di una società più coesa. Il primo, da realizzarsi attraverso una maggiore integrazione tra Orientamenti della SEO e Indirizzi di massima delle politiche economiche, la seconda mediante la garanzia di pari opportunità per tutti che passa, ovviamente, attraverso l'eliminazione delle inefficienze prodotte dalle prestazioni di sostituzione del reddito ancora esistenti.

L'accoglienza entusiasta che il Consiglio Europeo riserva alla Nuova Strategia di Lisbona, così come rivisitata dalla Commissione, conferma l'inclinazione degli Stati membri verso un potenziamento della dimensione economica e occupazionale dell'intervento comunitario, tanto da far sembrare il richiamo alla necessaria natura multidimensionale delle politiche di inclusione sociale una mera clausola di stile (punto 36 delle Conclusioni).

A conferma della correttezza di una simile impressione può essere portata la chiara affermazione contenuta nella emblematica Comunicazione della Commissione "*Working together, working better*"[261] secondo la quale, pur conservando il MAC protezione sociale e inclusione sociale una sua autonoma esistenza, le tematiche di sociali rilevanti per gli Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione, appena istituiti dal Consiglio Europeo (punto 39(b) delle Conclusioni), avrebbero potuto essere trattate anche e soprattutto nell'ambito dei neo-istituiti Programmi Nazionali di Riforma (punto 39(c)) e, dunque, in una prospettiva di integrazione economica. Allo stesso modo, prosegue la Commissione, nell'ambito della strategia del Consiglio Europeo di creazione della coesione sociale attraverso la crescita e l'occupazione, le politiche (economiche) della nuova Strategia di Lisbona contribuiranno all'inclusione economica, alla coesione e all'inclusione sociale,

---

[257] *Working Together for Growth and Jobs. A New Start for the Lisbon Strategy*, COM(2005) 24 final, 2.2.2005.

[258] Sulle conseguenze di tale approccio, cfr. le considerazioni di W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 2000, p. 14 ss.

[259] Sottolinea questo aspetto, così come il ridimensionamento della prospettiva inclusiva, M. DALY, *EU Social Policy after Lisbon*, in *JCMS*, 2006, p. 471 ss.

[260] *Social Agenda 2005 – 2010*, COM(2005) 33 final, 9.2.2005.

[261] *Working Together, Working Better: A New Framework for the Open Coordination in Social Protection and the Inclusions Policies in the EU*, COM(2005) 706, 22.12.2005.

così che il MAC alimenterà la nuova Strategia e quest'ultima ne beneficerà nel raggiungimento della coesione sociale.

Fatto salvo nella forma (esistenza), il MAC protezione sociale e inclusione sociale pare essere compromesso nella sostanza (ragion d'essere), dal momento che, qualora si ritenga opportuno e, cioè qualora lo decida il Consiglio, le tematiche di sociali, *anche diverse da quelle relative all'integrazione nel mercato del lavoro*, potranno essere assorbite dagli Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione.

Questa considerazione rafforza, dunque, la convinzione in precedenza espressa, secondo la quale, per ricostruire gli sviluppi effettivi di quella che vorremmo ancora poter chiamare politica sociale comunitaria, occorre, ora più che mai, far riferimento non alle vicende[262] del MAC protezione sociale e inclusione sociale, ridotto a poco più di un simulacro, ma agli Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione[263] e alla politica di coesione.

Nello stesso Consiglio Europeo di Bruxelles del marzo 2005 (punto 6 delle Conclusioni), si sottolinea, infatti, la necessità di mobilitare tutte le risorse disponibili al fine di realizzare le tre dimensioni della Strategia di Lisbona (economica, sociale e ambientale), *ivi compresa la politica di coesione*. In particolare, il rafforzamento della coesione sociale e territoriale costituisce, insieme alla promozione del pieno impiego nonché del lavoro di qualità e di alta produttività, uno dei tre Orientamenti integrati in materia di occupazione che saranno individuati, di lì a poco, dal Consiglio[264]. Emblematica la definizione che in essi viene data del rafforzamento della coesione sociale e territoriale in termini di "rafforzamento dell'inclusione sociale, prevenzione dell'esclusione dal mercato del lavoro e sostegno all'integrazione delle persone svantaggiate e di riduzione delle disparità regionali in termini di occupazione, disoccupazione e produttività del lavoro.".

Un ulteriore spunto di riflessione è fornito dall'Orientamento generale n. 17 dal quale derivano le concrete priorità di intervento per le politiche degli Stati membri. Tra queste, infatti, è importante sottolineare l'"Inserimento e la permanenza del maggior numero possibile di persone nel mercato del lavoro" alla cui realizzazione concorrono, in ugual misura, sistemi di protezione sociale "modernizzati" e occupazione di qualità, *tale, stavolta, anche sotto il profilo retributivo*.

Il passaggio dal linguaggio dell'*inclusione sociale* a quello della *coesione sociale* è sintomatico del fatto che le nuove sfide poste al modello di integrazione europea dall'allargamento, a quell'altezza cronologica appena realizzato, si caratterizzano per una forte interrelazione tra dimensione economica e dimensione sociale, dovuta soprattutto al basso livello di reddito *pro capite* da lavoro dipendente di molti degli cittadini dei nuovi Stati membri. In questo contesto, la tensione verso il progressivo raggiungimento della coesione economica a livello comunitario necessita dell'azione di tutti gli istituti tipici dei sistemi di protezione sociale tradizionali, ivi compresi le

---

[262] Consistenti, fondamentalmente, nell'elaborazione, peraltro non priva di tensioni tra Commissione, Comitato per la Protezione Sociale, Consiglio e Consiglio Europeo, di nuovi obiettivi nel marzo 2006 e di nuove linee guida nello stesso anno, dalle quali sono scaturiti i Rapporti Nazionali sulla Protezione l'Inclusione Sociale.

[263] *Integrated Guidelines for Growth and Jobs (2005 – 2008)*, COM(2005) 141 final, 12.4.2005 che, a seguito dell'integrazione funzionale tra SEO e Indirizzi di massima delle politiche economiche, sostituiscono gli Orientamenti per l'occupazione.

[264] Decisione del Consiglio n. 2005/600/CE, 12.07.2005, GUCE L 205/21, 6.08.2005.

prestazioni di sostituzione del reddito e il lavoro di qualità, tale anche e soprattutto sotto il profilo retributivo.

Che la politica di coesione economica e sociale abbia visto crescere l'enfasi posta sulla propria funzione di inclusione sociale lo si coglie con chiarezza da una ricognizione degli atti normativi di recente adottati dal Consiglio in materia di Fondi strutturali al fine di disegnare la strategia 2007-2013.

A tale proposito è sufficiente sottolineare quanto previsto dall'art. 3 comma 1 par. 2 del nuovo regolamento recante previsioni generali sui fondi strutturali[265] in materia di obiettivi, laddove si afferma che le azioni intraprese sotto l'egida dei fondi dovranno fare proprie, a livello nazionale e regionale, le priorità comunitarie in favore, tra le altre, dell'occupazione e dell'inclusione sociale.

Oppure richiamare quanto disposto dall'art. 9 comma 3 dello stesso regolamento in tema di finalizzazione dell'assistenza finanziata dai fondi alla creazione di posti di lavoro e al perseguimento degli obiettivi indicati negli Orientamenti integrati in materia di occupazione[266].

O, infine, sottolineare che nella definizione delle linee strategiche comunitarie sulla coesione, il Consiglio deve garantirne la coerenza rispetto agli Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione (art. 25 par. 2), così come di fatto avvenuto[267].

A ciò si aggiunga il compito specifico attribuito al FSE dal suo nuovo regolamento[268] di sostenere le politiche degli Stati membri finalizzate alla realizzazione della piena occupazione caratterizzata da lavori di qualità e produttività, alla promozione dell'inclusione sociale e alla riduzione delle disparità nazionali, regionali e locali in materia di impiego (art. 2 comma 1).

Proprio la centralità assunta dall'allargamento nella prospettiva dell'integrazione europea, ridimensiona l'impatto di quello che in precedenza poteva essere considerato un fattore limitativo della rilevanza complessiva della politica di coesione ovvero la sua dimensione eminentemente territoriale e strutturale, facendo emergere le sue enormi potenzialità in termini di sostegno economico e, quindi, di incentivo, allo sviluppo di politiche nazionali, regionali e locali di integrazione/inclusione sociale, finalmente dotate degli strumenti finanziari necessari a concretizzare quella dimensione *qualitativa* della crescita occupazionale e della coesione sociale altrimenti destinata a dipendere dalla convenienza politica e dalle capacità budgetarie del singolo Stato membro.

Il nesso crescita-occupazione-coesione sociale si rivela sorprendentemente virtuoso, dunque, nella sua capacità di generare una vera e propria *politica economica sociale comunitaria*, gestita congiuntamente dalla Commissione e dagli Stati membri attraverso i Fondi strutturali.

---

[265] Decisione del Consiglio n. 1083/2006/CE, 11.07.2006, GUCE L210/25, 31.07.2006.

[266] La medesima norma vincola a tale fine l'impiego del 60% delle risorse previste sotto l'obiettivo della Convergenza (art. 3 comma 2 lett. a) e il 75% di quelle stanziate per la Competitività e l'occupazione regionale (art. 3 comma 2 lett. b), somme non indifferenti se si considera che si tratta, rispettivamente, di ammontare totali per 251 e 49 miliardi di euro.

[267] Decisione del Consiglio n. 2006/702/CE, 6.10.2006, GUCE L291/11, 21.10.2006.

[268] Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1081/2006/CE, 5.07.2006, GUCE L210/12, 31.07.2006.

Peraltro, in una prospettiva simile, può essere collocato il recente varo del Programma per l'occupazione la solidarietà sociale[269], che succede, per ciò che concerne la lotta all'esclusione sociale, al già citato Programma d'azione 2002-2006[270], nel quale vengono ricondotti a unità i molteplici filoni di intervento in ambito latamente sociale finanziati in maniera non coordinata degli ultimi anni.

L'esigenza e la rinnovata sensibilità al coordinamento delle politiche "sociali" emergono sin dall'utilizzo, per l'adozione del Programma da ultimo citato, di una base giuridica composita, costituita dall'art. 13 comma 2 (lotta alle discriminazioni), dall'art. 129 (politiche dell'occupazione) e dall'art. 137 comma 2 (a) (cooperazione in materia di politiche sociali). Così come, dall'indicazione dell'ambito di operatività, contenuta nell'art. 1 della decisione istitutiva del Programma, si evince la volontà degli organismi comunitari, ivi compreso il Parlamento Europeo[271], di creare un pilastro "cognitivo" dell'appena menzionata politica economica sociale che, lasciando ovviamente impregiudicato l'esercizio delle competenze normative e politiche comunitarie nei singoli settori[272], intervenga a sostegno dell'*attivazione* di tutti i potenziali attori rilevanti, anche diversi dagli Stati membri[273], in un ambito che viene genericamente definito dell'occupazione e degli affari sociali.

Al termine di questa ulteriore e corposa digressione sui dati meta-giuridici emersi negli ultimi anni, proprio la prepotente entrata in scena della politica di coesione economica e sociale quale strumento di realizzazione della Nuova Strategia di Lisbona, consente di concludere recuperando, almeno *de iure condendo*, la centralità della dimensione giuridica in termini di cornice nella quale potrebbero essere preconizzati ulteriori sviluppi di un modello sociale europeo coesivo e inclusivo.

Come noto, infatti, la competenza comunitaria a sviluppare una politica di coesione trova il suo fondamento nel Titolo XVII TCE, il quale ne afferma la necessità al fine di garantire uno sviluppo armonico della Comunità stessa e di ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni (art. 158 TCE). In questa prospettiva, ovviamente, lo strumento di maggiore rilievo è rappresentato dai già citati Fondi strutturali, ivi compreso il FSE (art. 146 TCE).

Tuttavia, soprattutto alla luce delle nuove prospettive integrate di intervento in ambito economico e sociale, occorre non sottovalutare l'importanza del ruolo che potrebbe svolgere l'art. 159 comma 3 il quale afferma che, qualora si renda necessario adottare *azioni specifiche* (volte a sviluppare la coesione economica e sociale) al di fuori dei Fondi, a condizione che queste non rechino pregiudizio all'effettività di misure decise nell'ambito di altre politiche comunitarie, il Consiglio può procedere a norma dell'art. 251 ovvero deliberando a maggioranza qualificata.

Siamo, dunque, in presenza di una competenza del Consiglio che potrebbe essere utilmente esercitata per adottare atti normativi nell'ambito dei quali definire, in sinergica attuazione dei principi

---

269 Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1672/2006/CE, 24.10.2006, GUCE L315/1, 15.11.2006.

270 Peraltro con un *budget* decisamente più elevato, pari a circa 200 milioni di euro per sette anni.

271 Di recente, il Parlamento Europeo ha presentato un Rapporto – Proposta per un modello sociale europeo del futuro (A6 0238/2006 final, 13.07.2006).

272 Occupazione, protezione sociale e inclusione, condizioni di lavoro, divieti di discriminazione e diversità, uguaglianza di genere (art. 3).

273 Di particolare interesse, ai nostri fini, il riferimento operato ai servizi pubblici per l'impiego e alle parti sociali (art. 10).

enunciati nell'insieme delle politiche comunitarie sinora richiamate, istituti giuridici *specifici* volti a promuovere la coesione/inclusione sociale. Il riferimento generico alle "azioni", sembra, infatti, legittimare non solo la deliberazione, al di fuori dei fondi, di interventi mirati di sostegno economico, ma anche l'adozione di strumenti giuridici che servano a promuovere concretamente la coesione e l'inclusione sociale come, ad esempio, il diritto del cittadino alla formazione professionale continua e a prestazioni sostitutive del reddito nella transizione da un impiego a un altro. Il loro finanziamento potrebbe gravare, per la parte relativa ai soggetti operanti nelle aree obiettivo, sui fondi strutturali, facilitando, così, la realizzazione complessiva di politiche attive dell'occupazione "socialmente responsabili" quali dovrebbero essere quelle adottate da sistemi di protezione sociale effettivamente "modernizzati".

Lavoro, "ciclo della vita" e inclusione sociale: dinamiche e prospettive dell'azione sindacale*

Pasquale Passalacqua

"Well, the job that you used to have,
They gave it to somebody down in El Salvador.
The unions are big business, friend,
And they're goin'out like a dinosaur.
They used to grow food in Kansas
Now they want to grow it on the moon and eat it raw.
I can see the day coming when even your home garden
Is gonna be against the law"

(Bob Dylan, *Union Sundown*, da "Infidels")

1. Inclusione sociale e "ciclo della vita": un rapporto complesso tra perdurante centralità del lavoro come strumento di inclusione sociale e possibili derive "esclusive". 107

2. Il ruolo del sindacato sul piano degli accordi di concertazione. Le esperienze e le potenzialità degli accordi in sede territoriale come veicoli di inclusione sociale: assunzione dei disabili, convenzioni quadro con le cooperative sociali e patti sul lavoro minorile. 109

3. L'inclusione tramite la rappresentanza: le tensioni tra logiche confederali inclusive e dinamiche categoriali "esclusivistiche". 113

4. Segue. Il pericolo emarginante di un intervento legislativo sulla rappresentatività. 117

5. Gli scenari delineati nella contrattazione collettiva sulla modulazione delle forme di inclusione: a) gli interventi sul ciclo della vita. 119

6. Segue. b) i lavoratori svantaggiati. 121

7. Segue. c) il contratto di inserimento e il contratto di apprendistato. 121

8. Segue. d) l'inclusione tramite l'implementazione delle tutele nelle forme di lavoro "flessibile". 125

9. Sintesi e prospettive. a) La permanente centralità dell'intervento legislativo nazionale, promozionale ovvero "coercitivo" dell'azione collettiva. 127

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 50/2007

10. Segue. b) La parallela sfida di rilancio "interna" del sindacato italiano come veicolo di inclusione sociale. Qualche ulteriore segnale virtuoso: l'esperienza del delegato sociale; la possibile riappropriazione del collocamento anche attraverso gli enti bilaterali e la gestione di strumenti di welfare da parte del sindacato nella logica della sussidiarietà. 132

1. Inclusione sociale e "ciclo della vita": un rapporto complesso tra perdurante centralità del lavoro come strumento di inclusione sociale e possibili derive "esclusive".

Una riflessione sul ruolo del sindacato nel quadro della strategia di lotta all'esclusione sociale[274], pur nella scontata "multi-dimensionalità" del concetto[275], conduce immediatamente a riflettere sulla perdurante centralità del lavoro come strumento di inclusione sociale attraverso il filtro de-codificante del diritto del lavoro.

Concetto insieme grandioso e "pericoloso", che si può sintetizzare nelle parole di Umberto Romagnoli, che ci ricorda come si debba alle sollecitazioni del diritto del lavoro "la spettacolare ascesa al culmine della quale i comuni mortali inchiodati per motivi di censo nella condizione di sudditi di uno Stato mono-classe hanno potuto accedere allo status di cittadini di uno Stato pluri-classe". Infatti "le culture, le religioni, le ideologie prevalenti hanno attribuito al lavoro la virtù di connotare l'identità degli individui e dunque lo hanno inteso come fattore di inclusione sociale. Il diritto al lavoro riconosciuto dalle costituzioni post-liberali del secondo dopoguerra vuol dire proprio questo: chi non lavora non ha, ma soprattutto non è"[276].

In questa prospettiva si orienta ancora la politica dell'Unione Europea, che, come noto, racchiude in un'endiadi gli obiettivi sul versante occupazionale al risultato dell'inclusione sociale[277].

Tuttavia è fin troppo facile chiedersi se tra politiche dell'occupazione e politiche dell'inclusione vi sia un univoco e unidirezionale legame o se, invece, il rapporto sia più complesso, difficile e variegato, nel senso di una marcia su binari per certi versi paralleli e quindi distinti, come ci dimostra il diffuso e crescente dibattito sociologico[278]. Risulta peraltro dato acquisito considerare l'inclusione un obiettivo cui si giunge secondo percorsi multidirezionali, ovvero anche attraverso politiche di *welfare*, fiscali e in genere economiche, i cui confini, com'è evidente, non sono affatto semplici da delineare.

---

[274] Ritagliato un ruolo, nel quadro di un Progetto Cofin 2003 su "*Un nuovo metodo di integrazione comunitaria alla prova: il coordinamento aperto delle politiche per l'occupazione e per l'inclusione sociale*", coordinato dalla Prof.ssa Marzia Barbera e condotto insieme alle Università di Brescia e Pescara, un ruolo per il sindacato nel peculiare ambito dell'inclusione sociale di cui si occupa l'unità di ricerca di Cassino, mi sono trovato dinnanzi alla problematica e al contempo stimolante ricerca di un percorso di analisi del tema da trattare. In mancanza di indicazioni predefinite o quanto meno consuete, non mi resta che scegliere un approccio e quindi seguire un percorso non codificato, senza quindi proporsi obiettivi di esaustività o completezza, volto a porre in luce alcune tematiche in vario modo riconducibili – in qualche caso anche solo in via tangenziale o indiretta - al tema trattato.

[275] Cfr. P. SCHOUKENS, *Gli aspetti giuridici della politica europea per combattere l'esclusione sociale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2003, 550 ss.

[276] U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro,* in *Lav. dir*., 2005, 529.

[277] V., solo ad es., già COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sulla costruzione di un'Europa dell'inclusione* COM(2000) 79 del 1° marzo 2000, 79, 6, per cui "L'occupazione è la strada maestra per l'integrazione e l'inclusione sociale: la disoccupazione è il principale fattore di esclusione (…)" e da ultimo COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione *concernente una consultazione su un'azione da realizzare a livello comunitario per promuovere il coinvolgimento attivo delle persone più lontane dal mercato del lavoro* COM(2006) 44 dell'8 febbraio 2006, 7, per cui "un posto di lavoro costituisce per molte persone la principale salvaguardia contro l'esclusione sociale ed è la sola misura che si "autofinanzia" nel lungo periodo" e COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione congiunta sulla protezione sociale e sull'inclusione sociale 2006,* COM(2006) 62, del 13 febbraio 2006, 5, per cui "Facilitare l'accesso all'occupazione" è il nucleo della strategia degli Stati membri nella lotta all'esclusione sociale"; cfr. inoltre P. SCHOUKENS, *Gli aspetti giuridici della politica europea*, cit., 552 ss.

[278] V. ad. es. V. BORGHI (a cura di), *Vulnerabilità, inclusione sociale e lavoro*, Milano, 2002; R. PRANDINI (a cura di), *I dilemmi dell'inclusione sociale,* numero monografico di *Sociologia e politiche sociali*, 1999.

Se questa linea direttrice dischiude l'ineludibile prospettiva di una inclusione costruita sui diritti sociali e non sul solo diritto del lavoro - ovvero sulla sua declinazione di diritto *al* lavoro, che dei diritti sociali resta baluardo[279] - in un quadro istituzionale ancora in via di faticosa definizione, di cui in questa sede non è possibile dar conto, il legame con il lavoro si mantiene forte e vale a circoscrivere l'ambito e quindi a connotare la presente analisi, allorché chiama in causa il sindacato.

Proprio nello stringersi a quel legame, il diritto del lavoro si volge a interessarsi anche delle esigenze legate al cd. ciclo della vita, vale a dire alle esigenze complessive dell'individuo lavoratore, al cui soddisfacimento, o quanto meno al cui contemperamento, appare legato il raggiungimento della finalità inclusiva del lavoro.

Peraltro il rapporto tra ricerca dell'occupazione e inclusione sociale si complica ulteriormente proprio in virtù delle pressanti esigenze mostrate dalle politiche dell'occupazione di matrice comunitaria, coniugate dagli Stati membri con diverse modalità. Si vuol dire che soltanto la ricerca di una occupazione di "buona qualità", per usare il linguaggio comunitario, può dirsi inclusiva, quando, invece, l'abdicare a tale obiettivo in cambio di una spasmodica ricerca di un qualsivoglia rilevabile incremento dei tassi di occupazione - che sembra in parte l'obiettivo caratterizzante dell'ultima stagione normativa italiana - rischia di produrre perversi effetti non-inclusivi, ma anzi ghettizzanti[280]. L'allarmante scenario è messo bene in luce anche dal Presidente Gian Maria Fara nelle sue Considerazioni Generali dal titolo "L'Italia alla ricerca di un progetto", e dall'ancora più pregnante sottotitolo "L'Italia a tempo determinato", in testa al Rapporto Eurispes 2005 sulla situazione del Paese, che pone in luce gli equivoci e gli effetti perversi di una flessibilità che scarica i costi della competitività solo sui lavoratori[281], come ribadito più di recente anche nel Rapporto Eurispes 2006[282].

Questi ultimi episodi rendono ancor più percepibile il rischio che il lavoro da strumento di inclusione produca derive "esclusive", anche rispetto ad altre esigenze della vita dell'individuo[283]. Ciò rende ancora più evidente come proprio la combinazione tra implementazione dei posti di lavoro, esigenze legate al ciclo della vita e tutela nel rapporto, anche con riguardo alle nuove forme di

---

[279] Cfr., da ultimo, S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 2006, n. 46, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[280] Cfr. fin d'ora L. ZOPPOLI, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Diritto lavori mercati*, 2004, 297; M. V. BALLESTRERO, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale,* a cura di M. V. Ballestrero e G. G. Balandi, Bologna, 2005, 25 ss.; A. R. TINTI, *L'eguaglianza e le solidarietà difficili: contrattazione collettiva, lavoro frammentato, lavoratori "svantaggiati"*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, cit., 249 ss. V. sul punto *infra*, par. 2 ss.

[281] G. M. FARA, *L'Italia alla ricerca di un progetto*, Considerazioni generali al Rapporto Italia 2005 a cura dell'EURISPES.

[282] Nel Rapporto EURISPES 2006, si osserva che all'erosione dell'area di applicazione del contratto a tempo indeterminato attuata in favore di una serie di contratti "temporanei" consegue che "In questo quadro, il lavoratore si muove a disagio, secondo percorsi all'insegna dell'insicurezza e inseguendo un posto di lavoro stabile in una dimensione qualitativa di soddisfazione dei propri fabbisogni, che appare sempre più precaria, malgrado le strategie occupazionali attuate dal legislatore" (cap. II, *Lavoro e Welfare*, 54).

[283] V. ad es. il *Rapporto ISFOL 2005*, dove si registra ancora un basso tasso di partecipazione femminile al lavoro (50,6%) anche in quanto sul dato: "pesano i problemi di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro" (*Introduzione*, p. 23).

lavoro, rappresenti il terreno di verifica delle politiche nazionali di inclusione sociale, in un coinvolgimento attivo anche delle parti sociali[284].

E dunque proprio le politiche e quindi le normative tendenti alla riconciliazione tra esigenze familiari e vita lavorativa - da leggere in stretto legame con le politiche comunitarie sull'occupazione, in quanto funzionali all'obiettivo di ridurre l'abbandono del lavoro e quindi volte a produrre un incremento della partecipazione al lavoro[285] - possono rappresentare un esempio di quel nocciolo duro di garanzie cui non è possibile abdicare, in una prospettiva di uno sviluppo virtuoso del sistema nel rispetto dei diritti fondamentali[286].

2. Il ruolo del sindacato sul piano degli accordi di concertazione. Le esperienze e le potenzialità degli accordi in sede territoriale come veicoli di inclusione sociale: assunzione dei disabili, convenzioni quadro con le cooperative sociali e patti sul lavoro minorile.

Svolte le necessarie considerazioni di contesto, occorre a questo punto sviluppare la presente analisi sul ruolo che assumono le parti sociali, ovvero sulle dinamiche dell'azione sindacale che si producono nell'ambito nazionale italiano[287], nella direzione, già auspicata, di una "inclusività" veicolata attraverso il sindacato[288].

Su questo piano di indagine, un primo livello di verifica di incidenza dell'azione sindacale può essere rappresentato dall'azione svolta sul piano degli accordi di concertazione.

Nell'attuale contesto la debolezza attuale della concertazione sociale, in particolare come veicolo di sviluppo dell'occupazione, è insieme situazione nota e studiata, tanto che in questa sede può assumersi come dato acquisito[289]. Tuttavia occorre considerare che si tratta di uno scenario in continua evoluzione, per sua natura instabile, in quanto dipendente anche dagli equilibri politico-sindacali del momento, tanto che nel recente Primo rapporto sullo stato di attuazione del PNR italiano 2006-2008, redatto in adempimento degli obblighi comunitari nell'ambito della Strategia di Lisbona, tra le "sfide dei prossimi anni" si dichiara che "Passaggio fondamentale è la ripresa del metodo della concertazione con le parti sociali, quale mezzo per perseguire gli obiettivi di stabilità finanziaria, crescita e migliore occupazione nonché per generare fiducia tra i soggetti interessati". Nel medesimo rapporto, inoltre, in relazione al particolare ambito delle politiche di inclusione sociale, si osserva che "Accanto al tema delle risorse finanziarie, si sta definendo una nuova *governance*, che implichi la partecipazione alle politiche di inclusione sociale da parte di soggetti istituzionali e non. In tal senso il Governo è impegnato a potenziare la cooperazione tra i diversi

---

[284] Cfr., da ultimo, T. TREU, *Proposte di riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav*., 2005, I, 427, che tra le priorità fondamentali annovera proprio la conciliazione tra esigenze della vita familiare e di partecipazione al lavoro e anche P. SCHOUKENS, *Gli aspetti giuridici della politica europea*, cit., 553 ss.

[285] Nel recente *Rapporto ISFOL 2005*, si osserva al riguardo che il tema della conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro (p. 56): "rimane il perno di ancoraggio e il riferimento delle politiche del lavoro mirate alla componente femminile del lavoro".

[286] Cfr. S. SCIARRA, *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 65, 2005.

[287] Nell'ambito della ricerca in cui si sviluppa il presente studio altri contributi hanno analizzato le problematiche legate all'inclusione sociale sul versante comunitario, a cui si rinvia.

[288] Cfr. T. TREU, *Le tutele del lavoratore nel mercato del lavoro*, in *Dir. rel. ind*., 2002, 396; B. CARUSO, *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", 2005, n. 78, 14.

[289] Cfr., per tutti, B. VENEZIANI, *Concertazione e occupazione: un dialogo interrotto?*, in *Lav. dir*., 2004, 287 ss.

livelli di responsabilità e a rilanciare il confronto con le parti sociali, il privato sociale, le associazioni di rappresentanza"[290].

Se dunque sul piano generale si attendono nuovi spazi per l'azione sindacale, in ogni caso un terreno ricco di segnali positivi e di interessanti sviluppi, seppur dotato di minore visibilità rispetto al livello della macro concertazione, è quello degli accordi a livello micro territoriale, su cui anche l'Unione Europea scommette sempre più negli ultimi anni[291]. Si tratta di un terreno, se non ancora di verifica compiuta, di sperimentazione della gestione sindacale dell'accesso al lavoro di particolari categorie di lavoratori svantaggiati alla cui progressiva implementazione il sindacato italiano si mostra sensibile[292], tanto che si sceglie di approfondire l'indagine su questo versante.

Nel vagliare le diverse esperienze, già da tempo l'utilizzo dei contratti d'area[293] ha dimostrato una virtuosa risposta delle parti sociali, in relazione ad esempio all'assolvimento graduale degli obblighi previsti in materia di collocamento obbligatorio[294].

Più di recente, poteri di adattamento della normativa legale vengono attribuiti alle parti sociali dal sistema delineato dall'art. 14 del d.lgs. n. 276 del 2003, che affida alle convenzioni quadro su base territoriale il compito di favorire l'accesso al lavoro dei lavoratori disabili e svantaggiati attraverso accordi tripartiti aventi a oggetto il conferimento di commesse di lavoro alle cooperative sociali di tipo B da parte delle imprese associate o aderenti[295]. Sul piano dei modelli di concertazione territoriale queste convenzioni quadro paiono poter essere assimilate al modello dei "patti di innovazione regolativa", che producono delle modifiche nel tessuto normativo al fine di produrre nuove opportunità occupazionali[296], ovvero ai patti dispositivi[297] o accordi normativi, volti a fissare regole cui dovranno attenersi i successivi accordi[298].

Questa nuova tipologia di intervento non viene a modificare sul piano formale l'art. 12 della legge 68/99, che continua a prevedere, sempre attraverso lo strumento della convenzione, in cambio di un affidamento di commesse di lavoro la possibilità di un inserimento temporaneo (ai fini di un

---

[290] *Programma Nazionale di Riforma 2006-2008. Primo rapporto sullo stato di attuazione*, Roma 18 ottobre 2006, redatto a cura del Comitato tecnico permanente del Comitato Interministeriale per gli Affari Comunitari Europei (CIACE), con il coordinamento del Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, rispettivamente pp. 47 e 50.

[291] Cfr. F. GUARRIELLO, *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, in *Lav. dir.*, 2004, 282 ss.; G. FERRARO, *Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismi*, in *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomia locali*, a cura di G. Ferraro, Milano, 2003, 3.

[292] V. da ultimo, in tal senso, nell'ambito dei documenti presentati al 15° Congresso nazionale della Cgil dell'1-4 marzo 2006, la tesi n. 7, *Uno Stato sociale inclusivo, efficiente e di qualità*, punto 12, in www.Cgil.it, in cui si ribadisce che: "Per rendere sempre più concreta ed efficace la battaglia del sindacato per la difesa e l'estensione dei diritti diventa fondamentale la contrattazione territoriale sulle politiche sociali. In primo luogo, perché qui si contrattano temi e questioni sempre più centrali per la qualità della vita delle persone e delle famiglie".

[293] V. P. LAMBERTUCCI, *Contratti di riallineamento, contratti d'area, patti territoriali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. V, Roma, 1998; P. ALBI, *La contrattazione sindacale nella programmazione per lo sviluppo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 417.

[294] Cfr. S. COSTANTINI, *Verso una nuova stagione di concertazione territoriale?*, in *Lav. dir.*, 2005, 29.

[295] Art. 14, primo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

[296] Cfr. A. VISCOMI, *Prassi di concertazione territoriale: spunti per una riflessione critica*, in *Lav. dir.*, 2004, 335; B. CARUSO, *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva: un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 429.

[297] Cfr. S. COSTANTINI, *Verso una nuova stagione,* cit., 34 ss.

[298] A. TURSI, *Relazione* al Seminario di studi in memoria di Massimo D'Antona su *Cooperative sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati (l'art. 14 del d.lgs. n. 276 del 2003)*, Roma, 28 giugno 2005, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 71 ss.

percorso formativo personalizzato) presso cooperative sociali di lavoratori disabili, però preliminarmente assunti dai datori di lavoro soggetti all'obbligo legale[299]. Tuttavia, questo sistema – che ha nei fatti ottenuto scarso successo, contribuendo in misura del tutto marginale all'inserimento lavorativo dei disabili[300] - verrà nei fatti superato nelle province in cui sono e saranno stipulate le convenzioni quadro, in quanto le aziende dovrebbero trovare più vantaggioso convenzionarsi con i servizi per l'impiego competenti per territorio, ottenendo l'esenzione, almeno temporanea, dell'obbligo di assunzione diretta di lavoratori disabili in cambio di conferimento di una commessa di lavoro a una cooperativa sociale che occupa disabili. La convenzione si pone quindi come condizione per l'ottenimento di quei benefici[301].

La lettura che appare maggiormente condivisa vede tale nuovo sistema, pur adatto per casi peculiari, difficilmente spendibile come modello virtuoso in materia di inclusione sociale[302]. Vi è insomma il rischio di delineare un sistema di mercati separati, di vasi non comunicanti, in quanto la persona inserita in cooperativa rischia di rimanere segregato in quella esperienza lavorativa per tutta la sua vita lavorativa[303]. Se quindi la soluzione offerta dal legislatore può dimostrarsi virtuosa per i disabili gravi, psichici o pluriminorati che hanno gravi difficoltà di inserimento[304], al contempo rischia di ghettizzare i disabili meno gravi, fisici o sensoriali, ovvero ben professionalizzati e autonomi che vedono ridotte le possibilità di ingresso nel mercato ordinario[305].

La consapevolezza di un siffatto rischio – che comunque non pare impedire una diffusa sperimentazione del modello - ha condotto il sindacato, in formazione unitaria, a delineare precisi paletti per l'utilizzo di questo sistema nell'Accordo interconfederale del 24 febbraio 2004[306]. In sintesi

---

[299] Cfr. anche L. NOGLER, *Cooperative sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati: le novità del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Milano, 2005, 524, A. TURSI, Relazione, cit.; S. COSTANTINI, *Efficienza ed efficacia delle convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, cit., 186 ss.; G. SCARTOZZI, *Inserimento dei lavoratori svantaggiati e cooperative sociali*, in *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, a cura di M. Tiraboschi e P. Olivelli, Milano, 2005, 392; C. TIMELLINI, *La tutela per i lavoratori svantaggiati: il raccordo pubblico-privato e le cooperative sociali. Commento agli artt. 13 e 14*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2004, 148; *contra* M. GARATTONI, *Art. 14. Cooperative sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati, in Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Padova, 2004, 221, che ritiene l'art. 12 tacitamente abrogato.

[300] Cfr. F. CORONARI, *Molte preoccupazioni, la necessità di una proposta*, in www.Cisl.it/handicap/Flavio.htm, 5.

[301] Cfr. S. SLATAPER, *Le convenzioni per le cooperative sociali per favorire l'inserimento dei soggetti svantaggiati*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. Miscione e M. Ricci, Milano, 2004, 297.

[302] Cfr. L. ZOPPOLI, *Gli obiettivi di inclusione sociale,* cit.; G. DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, cit., 43 ss.

[303] Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati,* cit., 29 ss.; S. SLATAPER, *Le convenzioni per le cooperative sociali*, cit.

[304] Cfr. A. TURSI, *Relazione*, cit. In questa direzione v. ad. es. la convenzione quadro stipulata nella provincia di Belluno espressamente dedicata a "favorire l'inserimento dei lavoratori disabili psichici e/o intellettivi gravi con difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario". La convenzione si può consultare in *La sperimentazione dell'inserimento lavorativo con l'art. 14 del decreto legislativo 276/03*, Bollettino Speciale ADAPT n. 39, Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", *www.csmb.unimo.it*

[305] Non mancano opinioni più ottimistiche, che vedono nell'art. 14 un sistema atto a favorire nuove opportunità di lavoro per i lavoratori disabili e svantaggiati cfr. G. SCARTOZZI, *Inserimento dei lavoratori svantaggiati*, cit., 385 ss.; S. ROSATO, *Nuove opportunità di inserimento per i «diversamente abili»; l'articolo 14 del decreto legislativo 10 settembre 2005, n. 276*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt-Fondazione Marco Biagi, Milano, 2004, 601 ss.; e N. PERSICO, *Nuovi percorsi di inserimento lavorativo per i disabili ed i lavoratori svantaggiati. L'art. 14 del d.lgs. 276 del 2003 a due anni dall'entrata in vigore*, Working paper n. 12/2005, Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", www.csmb.unimo.it.

[306] L'accordo si può leggere in *La sperimentazione dell'inserimento lavorativo con l'art. 14 del decreto legislativo 276/03*, Bollettino Speciale ADAPT n. 39, cit.

vengono previste delle limitazioni quanto alla percentuale dei disabili da avviare utilizzando questo strumento (20% della quota obbligatoria), vengono delineate le modalità di adesione delle aziende alle convenzioni, previsto il parere necessario dei servizi di inserimento lavorativo, e prescritto che non potranno essere oggetto di convenzione i lavoratori già presenti nella cooperativa, per evitare il bypass del sistema delle graduatorie.

Nondimeno il grado di apprezzamento per questi strumenti resta al momento non uniforme tra le maggiori sigle sindacali: più possibiliste Cisl e Uil, mentre esprime maggiori perplessità, pur avendo siglato l'accordo interconfederale, la Cgil, con la conseguenza che alcuni dei patti sinora siglati non portano la firma congiunta della triplice.

Questa situazione contribuisce all'emersione di un nodo problematico, giacché viene a riproporsi la questione che in generale attraversa l'intera recente normativa sul mercato del lavoro relativa alla possibilità e quindi alla validità di un accordo siglato anche soltanto da alcune sigle sindacali connotate dall'attributo della maggiore rappresentatività comparata. Nell'ambito delle convenzioni quadro per i lavoratori svantaggiati, la norma individua come soggetti stipulanti le convenzioni "le associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale"[307], a differenza di quanto prevede in altri casi codificati dal d.lgs. n. 276 del 2003, dove il rinvio avviene ai contratti stipulati "da" e non "dai", come avveniva in precedenza, sindacati comparativamente rappresentativi.

Il tema non può essere vagliato in tutti i suoi risvolti in questa sede, ma, richiamando miei precedenti approfondimenti, ritengo che la differenza di formula utilizzata non vada sopravvalutata, in quanto anche in riferimento alla precedente dizione più in generale utilizzata dal legislatore in passato di legittimazione di determinati accordi siglati "dai" sindacati comparativamente più rappresentativi si poteva ritenere che la *ratio* fosse quella di selezionare i soggetti sindacali più affidabili e dotati di effettività di azione sindacale e non quella di imporre accordi congiunti con la necessaria partecipazione di tutti quei soggetti. Pertanto, anche nel caso delle convenzioni quadro la stipula separata non pregiudicherebbe la validità dell'accordo in senso giuridico formale[308], anche se non va sottovalutata l'efficacia sostanziale ovvero politico sindacale della mancata adesione della "maggiore" sigla sindacale, che rischia di compromettere la pratica utilizzabilità di uno strumento proposto dal legislatore come un'opportunità.

Peraltro nell'ultimo periodo si può riscontrare una diffusa adesione anche della Cgil ai patti territoriali menzionati, che pare dunque ridurre almeno quantitativamente l'entità della questione della loro efficacia[309].

---

[307] Art. 14, primo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

[308] Cfr. P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005, 130 ss. e ivi ulteriori riferimenti; *contra*, in riferimento alle convenzioni quadro, L. NOGLER, *Cooperative sociali*, cit., 527, che ritiene che tramite il richiamo a "le" associazioni sindacali sia "bandita la pratica o comunque la tentazione delle convenzioni separate".

[309] Da un monitoraggio recente risulta che in alcune province, nella maggior parte situate nel Nord del Paese, si sono stipulate le convenzioni quadro: si tratta delle province di Belluno, Bergamo, Bologna, Catania, Como, Genova, Lecco, Milano, Padova e Treviso. Le convenzioni sono reperibili in *La sperimentazione dell'inserimento lavorativo con l'art. 14 del decreto legislativo 276/03*, Bollettino Speciale ADAPT n. 39, cit.

In ogni caso le perplessità o quantomeno le cautele circa l'utilizzo dello strumento della convenzione trovano conferma anche in relazione all'ambito di applicazione, giacché la maggior parte delle convenzioni stipulate fa riferimento ai soli lavoratori disabili[310], mentre solo in alcuni casi la platea dei beneficiari viene estesa anche ai lavoratori svantaggiati, che pur rientrano nel campo di applicazione della norma[311].

Al di fuori di uno specifico invito del legislatore nazionale, parimenti diffusi nell'attuale contesto sono i patti territoriali dedicati a contenere il fenomeno del lavoro minorile attraverso la creazione di un tavolo di concertazione tra attori sociali e istituzionali volto a costruire interventi coordinati e non frammentati. Il modello è quello dei cd. "patti di integrazione sociale", più vicini al modello istituzionale segnato dalla conferenza dei servizi che al modello tradizionale della contrattazione territoriale[312].

In questo caso si tratta di una prospettiva opposta a quella consueta, ovvero di un caso in cui il lavoro è di per sé apprezzabile come fattore di pericolo e quindi di esclusione sociale nei confronti di soggetti deboli quali i minori, come viene con forza ribadito nell'ambito del corposo documento varato dal CNEL del 28 aprile 2005 intitolato "*Lavoro minorile: le misure legislative e le politiche a favore dell'inclusione sociale*", cui hanno contribuito anche le parti sociali. Nell'ambito dell'individuazione della "tastiera di strumenti" attraverso i quali far fronte ai problemi connessi al lavoro minorile in una prospettiva non solo repressiva, in quel documento si rimarca il ruolo della concertazione e della contrattazione collettiva, al fine di favorire in quelle sedi la stipula di accordi quadro e l'inserimento nei contratti di codici di condotta orientati a garantire i diritti fondamentali del lavoro in ogni paese dove le aziende europee operano.

Abbiamo già notato come il successo di questa linea di azione del sindacato si giochi anche attraverso politiche attive di coordinamento più ampio con il territorio volte al coinvolgimento dei poteri pubblici locali. Si vuol dire che i descritti accordi territoriali di possibile inserimento di soggetti disabili approvati sulla carta giochino la loro possibilità di realizzazione, ad esempio, nella predisposizione di opportune reti di trasporto, che rendano possibile per il disabile raggiungere il posto di lavoro.

3. L'inclusione tramite la rappresentanza: le tensioni tra logiche confederali inclusive e dinamiche categoriali "esclusivistiche".

Analizzato il versante concertativo dell'azione sindacale, nel volgere l'indagine ad altri aspetti, la prospettiva non univoca, ma sempre centrale, dell'inclusione tramite il lavoro ci riporta al tema dell'inclusione attraverso la rappresentanza sindacale.

Anche nei nostri confini da tempo si possono scorgere paralleli segnali di politiche sindacali orientate a offrire spazio alle pressanti esigenze del mondo "dei lavori", - prodotto ormai conclamato anche della globalizzazione dei mercati, con ricadute che travalicano ovviamente la realtà

---

310 V. le convenzioni delle province di Belluno, Bologna, Como, Genova, Lecco e Milano.

311 Art. 14, primo comma, d.lgs. n. 276 del 2003. Ricomprendono anche i lavoratori svantaggiati le convenzioni delle province di, Bergamo, Catania, Padova e Treviso.

312 Cfr. A. VISCOMI, *Prassi di concertazione territoriale*, cit., 344.

nazionale - che convivono con logiche ancora "esclusivistiche", determinanti ritrosie e difficoltà di recepire e dare asilo a quei diversificati bisogni[313].

Da tempo invero si delinea uno scenario dove l'area degli interessi gestibili dall'autonomia collettiva secondo le sue classiche logiche tende a ridursi. Infatti, impieghi meno stabili, lavoratori meno concentrati e meno dipendenti rendono più difficile la tutela contrattuale collettiva tradizionale, che viene a coprire in modo meno esteso e/o profondo l'arcipelago dei lavori, e in modo più discontinuo il tragitto lavorativo dei lavoratori[314], in un mercato del lavoro che tende a frantumarsi in più mercati del lavoro "differenziati in termini professionali, locali e culturali"[315].

Tali difficoltà risultano acuite dal progressivo accentuato frastagliamento delle tipologie di lavoro. E così se lavoratori con contratto a tempo determinato o a tempo parziale già esprimono bisogni differenziati rispetto ai colleghi con contratto a tempo pieno e indeterminato, le distanze si dilatano per i lavoratori intermittenti, somministrati, ma anche per i lavoratori socialmente utili, per quelli con contratto di associazione in partecipazione, per i soci di cooperative fino al variegato mondo delle collaborazioni ovvero del lavoro non subordinato, del lavoro cioè socialmente atipico[316], che palesa esigenze anche di tipo "relazionale", "imperniate sull'agevolazione dei contatti e sull'offerta di servizi"[317].

Le difficoltà sul versante della rappresentanza collettiva quindi non mancano, da un lato perché la flessibilità risulta essere una "potente forza individualizzatrice", che sposta sensibilmente la prospettiva da un'identità collettiva all'identità individuale[318], e pertanto non favorisce l'aggregazione degli interessi sotto l'egida del sindacato.

Dall'altro tale auspicabile linea di tendenza si scontra, finendo con l'infrangersi, nelle ritrosie, nelle rigidità e nei timori dello stesso sindacato a offrirne asilo, che, a fronte alla perdita "per così dire, della rendita di posizione della semplificazione fordista dell'analisi sociale" [319], tende a

---

313 Cfr. T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 529, e anche, in un più ampio contesto, A. BAYLOS, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella globalizzazione*, in *Giorn. dir lav. rel. ind.*, 2003, 174 ss. e A. LASSANDARI, *La tutela collettiva nell'età della competizione globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, 294.

314 Cfr. A. ACCORNERO, *Spunti per un'agenda sui cambiamenti del lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 253; A. NINNI, F. SILVA, S. VACCÀ (a cura di), *Evoluzione del lavoro, crisi del sindacato e sviluppo del paese*, Milano, 2001.

315 G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 179; cfr. anche S. LEONARDI, *Sindacato, lavoro e classi sociali*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2001, 151.

316 La definizione, come noto, risulta atecnica dal punto di vista giuridico a seguito dell'intervento legislativo, ma la si utilizza nell'accezione comune di stampo sociologico, che in realtà può comprendere anche altre fattispecie del lavoro subordinato flessibile. Sul punto osserva di recente U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra disincanto e ragionevoli utopie*, in *Lav. dir.*, 2002, 232, che "è per una specie di pudore intellettuale che seguitiamo a parlare di contratti di lavoro atipici in epoca successiva alla loro regolamentazione legislativa. È un vezzo che abbiamo conservato non solo per comodità espressiva, ma anche per nascondere il disagio di spiegare che la loro difformità rispetto al prototipo normativo è sinonimo di devianza rispetto al percorso di vita che i più consideravano fino a pochi anni fa vincolato e vincolante".

317 M. PEDRAZZOLI, *Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, 678; L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 89 ss.

318 A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio A.I.D.La.S.S., Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 57.

319 B. CARUSO, *Prefazione* a G. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale*, Torino, 2004, XIII.

produrre risposte che potremmo definire anelastiche, sicché la parte di lavoratori che ne ha più bisogno non riesce a incontrarlo[320].

Si tratta di un terreno tortuoso e impervio, dove viene a giocarsi una partita fondamentale, se non decisiva, per il futuro del sindacato. Se infatti i lavoratori *non standard* esprimono delle domande che chiedono un tipo di rappresentanza specializzata, non coincidente con quella del sindacalismo classico[321], la ritrosia non manifesta, ma percepibile e diffusa a offrirne asilo fa aleggiare, come avverte Bruno Caruso in un recente saggio, "l'incubo di un sindacato neo barbaro (…) che negozia privilegi per sé e per pochi segmenti di privilegiati, anziché diritti e tutele per gli esclusi e i perdenti"[322].

Contribuisce a complicare questa difficoltà coesiva la convivenza di due logiche apparentemente contrapposte, quella cioè di un pieno riconoscimento come categoria a se stante di questi lavoratori e quella invece del traghettamento nel lavoro *standard* attraverso un percorso non facile di integrazione e di rappresentanza degli atipici nelle categorie.

La prospettiva di medio o lungo periodo, non è dato affermarlo con certezza, appare comunque segnata. Se dunque risulta comune acquisizione che il contratto collettivo abbia storicamente contribuito ad ampliare la diffusione del lavoro subordinato, tanto da costringere a registrarne un eccesso di ruolo[323], nella prospettiva ineludibile della "detipizzazione" delle tutele, lo stesso contratto collettivo *può* (e in effetti *deve,* pena la sua progressiva marginalizzazione) farsi carico del compito di aggregare nuove e vecchie tutele al di là del "tipo" lavoro subordinato[324].

Quel che pare non poter mancare è una ristrutturazione "interna" del sindacato chiamato ineludibilmente a recepire e a offrire asilo al lavoratore senza aggettivi in quanto cittadino[325], cioè a integrare nei sistemi di rappresentanza lavoratori fino a ora esclusi[326]. Una rappresentanza che coinvolga dunque anche le regioni oggi meno remote del lavoro non subordinato, giacché il mondo dei lavori odierno non sopporta più contrapposizioni *ad escludendum* nei confronti del lavoro autonomo[327].

---

320 Cfr. A. ACCORNERO, *Spunti per un'agenda,* cit., 201 ss. Osserva sul punto U. ROMAGNOLI, (*Rappresentare la cittadinanza industriosa*, in *Lav. dir*., 1999, 551) che "Vi sono dei sovra-rappresentati e dei sotto-rappresentati, perché, - con buona pace della confederalità - vi sono gruppi sociali per i quali la rappresentanza sindacale è un additivo che assicura trattamenti privilegiati e gruppi per i quali, invece, la rappresentanza sindacale è un oggetto misterioso o un lusso proibito".

321 Cfr. da ultimo G. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale*, Torino, 2004, 235 ss.

322 B. CARUSO, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2005, n. 53, 22.

323 Cfr. U. ROMAGNOLI, *"Il contratto di lavoro" di L. Barassi cent'anni dopo*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro, "Il contratto di lavoro" di L. Barassi cent'anni dopo, Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003, 65.

324 Cfr. già da ultimo A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, in *Dir. rel. ind*., 2005, 64 ss.

325 Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra disincanto*, cit., 242; ID., *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio A.I.D.La.S.S., Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 679 ss.

326 Cfr. M.G. GAROFALO, *Leggendo Alain Supiot (a cura di),* Au-delà de l'emploi (trasformations du travail et devenir du croit du travail en europe), in *Diritto del lavoro on line*, 2002, *www.unicz.it/lavoro*; F. LISO, *Leggendo il rapporto* "Au-delà de l'emploi. Tranformations du travail et devenir du droit au travail en Europe" *a cura di Alain Supiot*, in *Arg. dir. lav*., 2001, 565.

327 Cfr. già M. PEDRAZZOLI, *Diritto del lavoro è bello*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1997, 663 e da ultimo G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *Lav. dir*., 2004, 264.

Il dibattito in ordine alle forme più adeguate di rappresentanza di questi rapporti di lavoro è ancora nella sua fase se non iniziale, certamente ancora non matura e consolidata, quantomeno a causa di una non del tutto chiara percezione di quali siano gli interessi collettivi da rappresentare, in un mondo, quello dell'ancora socialmente "atipico", che registra posizioni e interessi alquanto differenziati. Questo pianeta composito si sta organizzando in Italia attraverso associazioni di stampo confederale, ovvero intercategoriale, tra cui si possono ricordare le note esperienze della Nidil-Cgil, della Alai-Cisl, della Cpo-Uil[328], accomunate dall'obiettivo comune di rappresentare il lavoro "atipico", seppur con sensibili differenze per quanto attiene ai moduli organizzativi e alle strategie[329].

Le descritte forme di rappresentanza, che sembrano in progressivo sviluppo, scontano al contempo pressanti difficoltà di confronto, che giunge spesso a un vero e proprio conflitto con le "classiche" forme di rappresentanza del lavoro dipendente organizzato per categorie[330], quando, invece, quel che sembra necessario è proprio una capacità di coordinamento e di collaborazione fra sindacati settoriali e associazioni dei lavoratori "atipici"[331].

Una vera e propria rappresentatività a fini contrattuali appariva fino a un recente passato ancora incerta, anche perché queste organizzazioni dei lavoratori atipici a volte hanno firmato gli accordi insieme alle organizzazioni di categoria, mentre in altri casi hanno gestito autonomamente la trattativa e in altri ancora si sono trovati a essere i soli sindacati a siglare accordi sui lavori atipici[332]. Nella consapevolezza di un consolidamento ancora da realizzare in modo compiuto, l'azione di lungo periodo del sindacato pare indirizzarsi verso la partecipazione di questi soggetti alle rsu in azienda, ovvero a una integrazione della rappresentanza nelle categorie, che si ponga come precondizione a una "contrattazione specializzata di transito tra le varie figure e status"[333].

In tale prospettiva, l'introduzione dell'istituto del lavoro a progetto a opera del d.lgs. n. 276 del 2003 mi pare foriera di significativi effetti evolutivi sulla rappresentanza. E invero, in passato la stipula di accordi sindacali in riferimento alle vecchie co.co.co. avveniva in modo non sistematico e in prevalenza al livello aziendale, sintomo di quella evidente precarietà negoziale[334]. Il mutato quadro normativo, invece, tipizzata la figura del lavoro parasubordinato a progetto, offre nuovo e fertile terreno di azione e di visibilità a quei soggetti sindacali rappresentativi del lavoro

---

328 V. C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Torino, 2006, 49 ss. e T. VETTOR, *Le ricerche empiriche sul lavoro autonomo coordinato e continuativo e le nuove strutture di rappresentanza sindacale Nidil, Alai, Cpo*, in *Lav. dir.*, 1999, 619 ss.

329 Cfr. D. GOTTARDI, *Questioni aperte sulle strategie sindacali*, in *Lavoratori "parasubordinati e rappresentanza sindacale*, in *Lav. dir.*, 1999, 649 ss.; più di recente cfr. R. VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, 2004, 150 ss.

330 Cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro atipico e rappresentanza degli interessi*, in AA. VV., *Il diritto dei disoccupati: studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Milano, 1996, 549 ss.; L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., 81 ss. e anche G. FONTANA, *Profili della rappresentanza*, cit., 244 ss.

331 Cfr. G. P. CELLA, *La rappresentanza dei lavoratori atipici: un ritorno al passato?*, in *Lavoro sindacato partecipazione. Scritti in onore di G. Baglioni*, a cura di G.P. Cella e G. Provasi, Milano, 2001, 191; ID, *Lavoro e contrattazione. Cosa cambia con il lavoro non standard?,* in *Dir. rel. ind.*, 2005, 39 ss.

332 V. C. LAZZARI, *Rapporti di collaborazione e tutela collettiva: i primi tentativi di regolazione sociale,* in *Dir. merc. lav.*, 2001, 57.

333 P.G. ALLEVA, *I lavori atipici: pericolo o opportunità*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 515.

334 Cfr. L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., 85.

"atipico"[335], che vengono ad acquisire una più piena titolarità negoziale nei confronti della controparte datoriale, in accordi che si svolgano ora in prevalenza a livello nazionale[336].

4. Segue. Il pericolo emarginante di un intervento legislativo sulla rappresentatività.

Se in un quadro tanto complicato non mancano segnali virtuosi di presa di coscienza da parte del sindacato dei ricordati nuovi ineludibili compiti, tuttavia occorre a questo punto riflettere circa i possibili effetti perversi che potrebbero essere ingenerati da un intervento del legislatore sul terreno della rappresentatività.

Non è questa la sede per vagliare anche solo per cenni la questione dell'opportunità di una legislazione del genere, ormai da tempo immemorabile uno dei *leit motiv* dell'agenda politica sindacale, ma si vuole soltanto osservare che un intervento legislativo costruito e strutturato, come di consueto si propone, sul rilievo della rappresentatività su base categoriale rischi di bloccare questo processo virtuoso di ampliamento della rappresentanza.

Occorre cioè richiamare quanto già tempo addietro rilevava Gino Giungi - allora in relazione al solo mondo del lavoro dipendente – in merito ai pericoli di un simile intervento legislativo, che rischia di produrre uno sorta di schiacciamento degli interessi di specifici gruppi (come oggi quelli dei lavoratori "atipici") rispetto a interessi di categorie più ampie[337], sulle quali il legislatore decida di parametrare la rappresentatività a fini contrattuali, tanto da potersi intravedere anche una possibile lesione della stessa libertà sindacale garantita dalla Costituzione[338].

D'altro canto anche un diverso sistema legale che garantisse una rappresentanza specifica e distinta su base categoriale per gli "atipici" non andrebbe esente da pericoli marginalizzanti, giacché si riproporrebbe la questione definitoria di una categoria di lavoratori composita e in continua trasformazione e comunque ancora allo stato embrionale quanto a organizzazione su base categoriale. Peraltro occorre considerare che proprio quella organizzazione su base categoriale, così scontata nel mondo del lavoro subordinato "classico", rimane rispetto ai nuovi soggetti "in cerca di rappresentanza" ancora oggetto del fervente dibattito attuale, in quanto lo si potrebbe ritenere un modello forse vetero-sindacale-fordista, che mal si attaglia a esigenze di tutele universalistiche che il modo dell'atipico pare richiedere.

---

[335] Ci si riferisce alle già menzionate associazioni Nidil-Cgil, Alai-Cisl, e Cpo-Uil, che sono ora firmatarie dei primi accordi collettivi espressamente riservati ai lavoratori a progetto.

[336] Le prime esperienze contrattuali registrate nel settore riguardano l'Accordo nazionale sul lavoro a progetto per i collaboratori impegnati nelle società di corse dei cavalli del 15 luglio 2004; l'Accordo nazionale sul lavoro a progetto per i collaboratori degli istituti di ricerca di mercato del 29 settembre 2004 e l'Accordo quadro per la regolamentazione dei rapporti di collaborazione nei confronti delle ONG (Organizzazioni non governative) aderenti all'AOI (associazione ONG italiane) del 20 ottobre 2004. V. *amplius* C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., 141 ss.

[337] Cfr. G. GIUGNI, voce *Libertà sindacale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. IX, Torino, 1993, 17 ss., che non mancava di sottolineare la difficoltà di un intervento eteronomo rispetto a un contesto caratterizzato da (p. 37) "conflitti tra specifici gruppi professionali e le organizzazioni rappresentative di aree contrattuali più ampie, in cui i primi si trovano inclusi: i macchinisti rispetto alla totalità dei ferrovieri, i medici ospedalieri a fronte del personale di sanità in genere, e via dicendo. In tutti questi casi, che è facile profezia veder moltiplicati nel futuro, ai soggetti collettivi che esprimono volontà di indipendenza non può essere imposta la appartenenza a un'area rappresentativa diversa da quella da essi voluta: non lo consente il principio costituzionale di libertà sindacale".

[338] Cfr., da ultimo, anche P. ICHINO, *Libertà sindacale e disciplina della rappresentanza*, in *Le relazioni industriali tra riforma della rappresentanza, titolarità del diritto di sciopero e nuovi assetti della contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, 437.

Pertanto, in un quadro in costante evoluzione una rappresentanza specifica finisce con l'istituzionalizzare la diversità-non inclusività e quindi, se forse tatticamente necessaria in una fase iniziale a stigmatizzare e far emergere peculiari esigenze di tutela, in una fase più matura va probabilmente messa in discussione come linea strategica e superata in una prospettiva di integrazione necessaria della rappresentanza "comune", chiamata a divaricare ambiti di intervento troppo rigidi, così come storicamente affermatasi sul monolite del lavoro dipendente subordinato a tempo indeterminato[339].

Ciò pare trasparire, come abbiamo già notato, anche dall'attuale dibattito che attraversa le confederazioni in ordine al possibile sviluppo futuro delle ricordate associazioni sindacali a tutela degli atipici, cui si oppone un progetto di progressiva riconduzione nell'alveo della rappresentanza tradizionale del mondo del lavoro subordinato che "includa" anche l'arcipelago dei "nuovi lavori".

Nella medesima virtuosa prospettiva segnali interessanti giungono di recente ad esempio proprio dal maggiore sindacato italiano che, nelle tesi presentate al 15° congresso del marzo 2006, ha incentrato sul concetto di *dipendenza economica* la base su cui costruire diritti e tutele per i lavoratori[340].

Sul punto il dibattito politico-sindacale si muove da un lato verso progetti di tendenziale equiparazione delle tutele previste per il lavoro subordinato, che sembra emergere anche dalle proposte della Cgil e dall'altro verso una loro modulazione, ovvero tramite la previsione di tutele graduate in funzione delle peculiarità dei singoli rapporti di lavoro.

In questa seconda prospettiva si opererebbe una distinzione tra un nucleo essenziale di norme e di diritti inderogabili, applicabili a tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi, e invece alcuni altri diritti di cui rimarrebbero titolari i soli lavoratori subordinati[341]. Questa ultima linea di sviluppo ha il merito di evitare nuove polarizzazioni tra un lavoro subordinato nella prima prospettiva ancora onnivoro e un lavoro autonomo formalmente "puro", ovvero sussumibile nella forma del contratto d'opera ex art. 2222 c.c., come tale potenzialmente utilizzabile in funzione elusiva rispetto alla nuova ampia categoria univoca del lavoro "economicamente dipendente".

---

[339] Sul "pregiudizio" in favore del lavoro dipendente come modello originariamente determinato, il cui utilizzo è stato, invece, dilatato a parametro di ammissibilità di altri modelli contrattuali cfr., per tutti, U. ROMAGNOLI, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *Dir. merc. lav*., 1999, 233, e già G. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, in *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Atti del VII Congresso A.I.D.La.S.S., Bari, 23-25 aprile 1982, Milano, 1983, 16-17.

[340] V. nell'ambito dei documenti presentati al 15° Congresso nazionale della Cgil dell'1-4 marzo 2006, la tesi n. 5, *Un'occupazione solida e stabile*, in *www.Cgil.it*, in particolare i punti 1.4 e 2.3, in cui sul tema propone: "un concetto allargato della dipendenza economica come fondamento dei diritti, delle tutele e dei costi cui deve far fronte l'impresa, attraverso una ridefinizione di lavoratore "economicamente dipendente" cui far corrispondere l'equiparazione dei diritti e dei costi. (…) Vuol dire riportare in "correlazione" diretta la fatica e l'impegno nel lavoro con una retribuzione giusta, con un corredo di diritti universali, indipendentemente dal nome contrattuale, estendendo così lo Statuto dei diritti dei lavoratori".

[341] Questa sembra essere la prospettiva sposata ad es. dalla Cisl. V. sul punto il punto 27 della *Mozione finale* del XV Congresso nazionale della Cisl, Roma, 5-8 luglio 2005, in *www.Cisl.it*, in cui "la CISL sottolinea la necessità di assumere iniziative che rilancino e consolidino anzitutto: 1. Un sistema di tutele per tutti i lavoratori non standard, da attuarsi attraverso la contrattazione e con un "nuovo statuto dei diritti del lavoro e dei lavori": aggiuntivo e non sostitutivo, delle norme previste dallo Statuto dei lavoratori e capace di disciplinare positivamente il lavoro flessibile con limiti temporali definiti e garantendo a questi lavoratori servizi sociali, previdenziali ed assistenziali".

Nel medio periodo la prospettiva di un'articolazione modulata delle tutele in via legale sembra più consona a diffondere un utilizzo virtuoso e fisiologico delle diverse forme di lavoro parasubordinato economicamente dipendente e pare poter contribuisce inoltre a offrire proprio al sindacato terreno fertile di intervento sul piano dei rapporti tra queste forme e il classico lavoro subordinato dipendente.

In definitiva il peculiare ambito visuale della rappresentanza del lavoro "atipico" pare indicare una linea di tendenza dell'azione sindacale che più in generale si sposa con le pressanti richieste di trasformazione ovvero di tendenziale convergenza verso un modello di sindacato – che emerge già da tempo - non più solo antagonista-egualitarista, ma anche partecipativo e in quanto tale gestore delle differenze, emergenti non solo tra le varie tipologie di rapporto di lavoro, ma anche all'interno del modello storico-standard del lavoro subordinato a tempo indeterminato[342].

5. Gli scenari delineati nella contrattazione collettiva sulla modulazione delle forme di inclusione: a) gli interventi sul ciclo della vita.

Se, come abbiamo notato a monte, l'obiettivo dell'inclusione coinvolge il tema della rappresentanza nella prospettiva di sue declinazioni specializzate non ancora del tutto consolidate, lo strumento unitario della contrattazione collettiva di categoria continua a offrire il terreno entro il quale trovano regolazione istituti più o meno direttamente connessi e funzionali all'implementazione dell'inclusione del lavoratore.

Come si è detto il termine inclusione risulta fin troppo generico da non poter non coincidere con l'intera azione collettiva, ma cionondimeno pare si possano enucleare alcuni particolari ambiti di intervento della contrattazione che, più da vicino diremmo, ne rendono tangibile l'effetto appunto inclusivo.

Richiamando quanto osservato introducendo il tema, un ambito di particolare interesse può essere rappresentato dagli interventi della contrattazione collettiva sul "ciclo della vita", in una prospettiva di inclusività per così dire "interna" o di ritorno, tesa a limitare le derive esclusive proprio del rapporto di lavoro rispetto alle esigenze di vita del soggetto[343].

Il dibattito, partito direttamente dai luoghi di lavoro, in ordine alla necessità di introdurre agevolazioni funzionali ai bisogni relativi al cd. ciclo della vita, ha determinato un mutamento

---

[342] Cfr., nella sterminata letteratura, per tutti, G. GIUGNI., *Sindacato (voce per un'enciclopedia),* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 206 ss., che osservava già qualche anno fa come (p. 220) "La specializzazione flessibile, la *lean production*, il lavoro di gruppo, il tutto prelude a forme di partecipazione che già sul terreno dell'organizzazione del lavoro possono avere forte incidenza sui comportamenti dei lavoratori e, in via mediata, sulle loro organizzazioni. Il nuovo modo di produzione può porre in essere, come in effetti avviene, una sfida ai comportamenti tradizionali del sindacato e può addirittura minarne le basi, oppure indurlo a cercare le nuove vie capaci di interpretare le nuove domande", e E. GHERA, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, 128, che osservava come "Dipenderà dall'atteggiamento – puramente difensivo oppure promozionale – del sindacato se la contrattazione collettiva sarà capace di negoziare con le imprese uno statuto protettivo dei lavoratori non più uniforme o omnicomprensivo ma articolato e differenziato in funzione delle flessibilità spaziali e temporali richieste dalle imprese e dagli stessi lavoratori (…)". V. da ultimo il vasto dibattito che sta suscitando il recente saggio di Pietro ICHINO, *A che cosa serve il sindacato? Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino*, Milano, 2005, che tra l'altro auspica l'affermarsi anche in Italia di un modello di sindacalismo di questo ultimo tipo.

[343] Sul punto ad es. nel *Rapporto ISFOL 2005* si osserva tra l'altro che: "un traino per la soluzione dei più generali problemi legati alla conciliazione [tra tempi di vita e di lavoro] può venire senz'altro dalla contrattazione collettiva" (*Introduzione*, p. 23).

dell'agenda sindacale, in cui viene ritagliato uno spazio considerevole per la discussione di tali tematiche[344], che produce una rinnovata attenzione anche nella contrattazione collettiva.

Si tratta degli interventi in materia di congedi parentali e di congedi per la formazione, che, in particolare dopo la legge n. 53 del 2000, trovano riscontri molto dettagliati nei contratti. In tale quadro viene disciplinato in molti casi anche l'istituto della cd. Banca delle ore, ovvero della cd. smonetizzazione del lavoro straordinario, tramite la formazione di un monte ore utilizzabile dal lavoratore per godere di riposi compensativi, secondo modalità previste dalla stessa contrattazione collettiva.

La presenza di disposizioni del genere nella contrattazione collettiva avviene a partire dagli anni '90 con sensibili differenze nei vari settori, anche se fino alla fine degli stessi anni '90 il loro sviluppo è rimasto scarso, a causa del mancato sostegno legislativo e anche a causa di una linea di politica sindacale non ancora indirizzata in modo organico verso queste tematiche[345]. Come esempio si possono menzionare le disposizioni che prevedono periodi di aspettativa non retribuita, con ampia varietà di previsioni nei diversi settori in ordine alla durata massima dell'assenza dal lavoro, come in merito ai requisiti per goderne da parte del lavoratore, in quanto, ad esempio, solo in alcuni casi è necessario giustificare la richiesta di aspettativa per motivi di studio o di cura.

Il livello della contrattazione preferito per le diversificate disposizioni concernenti le esigenze legate al ciclo della vita resta quello nazionale di categoria, anche se risultano in progressivo aumento casi di integrazione della disciplina nazionale in sede di contrattazione di livello decentrato e aziendale[346].

L'analisi di questi contenuti contrattuali svolta in altra sede insieme a Edoardo Ales[347] ci ha portato a ritenere che le previsioni legali hanno certamente influito sulle modifiche della contrattazione collettiva, relativamente allo spazio riservato alle disposizioni sul ciclo della vita. In precedenza, in mancanza della legislazione promozionale introdotta solo nel 2000, la contrattazione collettiva si limitava a prevedere unicamente periodi di aspettativa non retribuita e soltanto in alcuni settori. Successivamente, invece, l'impulso decisivo della legge tende a uniformare le disposizioni contrattuali, in quanto ora le parti sociali sono chiamate a introdurre apposite disposizioni anche in settori in cui in precedenza vi era dedicato uno spazio marginale.

Cionondimeno il riconoscimento, ora anche contrattuale, di tali diritti non manca di produrre nuove tensioni nella comunità aziendale, in quanto l'attenzione posta negli accordi ai percorsi individuali relativi alle esigenze legate al ciclo della vita può comportare una sorta di frammentazione della solidarietà fra differenti gruppi di lavoratori, ad esempio quelli con figli, i quali si trovano nelle condizioni per fruire dei congedi parentali, e quelli senza figli, che possono soffrire di questa differente condizione, giacché vengono a sopportare in alcuni casi un maggior carico di lavoro a causa dell'assenza dei colleghi per congedi parentali[348].

---

344 V. A. M. PONZELLINI, *Sindacato e imprese nella contrattazione della qualità della vita*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 685.

345 Cfr. D. GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lav. dir.*, 1999, 523.

346 V. sul punto anche il *Rapporto ISFOL 2005*, 62 ss.

347 E. ALES, P. PASSALACQUA, *Collective Bargaining and Life Cycle, Italian Report*, 2005, Paper in corso di pubblicazione.

348 Cfr. A. M. PONZELLINI, *Sindacato e imprese*, cit., 693 ss.

6. Segue. b) i lavoratori svantaggiati.

Un altro ambito di peculiare intervento della contrattazione collettiva è rivolto ai lavoratori cd. svantaggiati, nei confronti dei quali l'ultima stagione legislativa ha segnato come già notato un'inversione di tendenza, nel senso di proporre modelli di regolamentazione al ribasso che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero favorire un ingresso di tali soggetti nel mondo del lavoro[349].

Va detto solo per inciso che soffermarsi sulla corretta definizione di "lavoratore svantaggiato" risulta operazione priva ormai di alcun valore euristico data la polimorfia e indeterminatezza assunto dal termine nella sua attuale coniugazione nazionale[350], da ultimo acuita dalle modifiche introdotte dal cd. decreto sulla competitività al d.lgs. n. 276 del 2003, che conducono a considerare svantaggiati *tout court* tutti i lavoratori con meno di venticinque anni ovvero con più di quarantacinque anni, al fine di assumerli senza limiti con contratto di lavoro intermittente[351], i cui effetti virtuosi in termini di occupazione restano peraltro oscuri.

Nell'economia della presente analisi mi limito a far riferimento al modello delineato dall'art. 14 del d.lgs. n. 276 del 2003, che gioca la propria operatività sul piano delle convenzioni quadro su cui ci siamo già soffermati[352], sicché in relazione al versante puramente contrattuale collettivo negli ultimi rinnovi l'attenzione pare limitata a delineare diritti di informazione sindacale relativi allo stato di applicazione delle leggi sull'occupazione e sull'inserimento e reinserimento dei lavoratori svantaggiati.

In tale quadro uno sviluppo virtuoso è rappresentato ad esempio dalla stipula del protocollo d'intesa sottoscritto il 6 luglio 2004 dall'azienda Telecom Italia e dalle organizzazioni sindacali (Cgil, Cisl, Uil, Ugl), che mira a un programma d'inserimento lavorativo di 200 lavoratori disabili nel prossimo triennio sulla base della disciplina prevista in materia dalla legge 68/99, per svolgere attività di assistenza ai clienti, anche attraverso l'utilizzo di nuove tecnologie e telelavoro.

7. Segue. c) il contratto di inserimento e il contratto di apprendistato.

In questo scenario finalità direttamente inclusive sono poi riconosciute al contratto di inserimento, succedaneo del contratto di formazione e lavoro, in cui il ruolo della contrattazione collettiva si mostra, ancora, rilevante.

L'operatività in concreto del nuovo istituto è infatti condizionata alla determinazione dei piani individuali di inserimento, le cui modalità di definizione vengono affidate alla contrattazione collettiva di livello sia nazionale, che territoriale, ma anche aziendale[353]. L'indifferenziazione delle competenze negoziali tra i vari livelli contrattuali, se da un lato può destare perplessità di

---

[349] V. *supra*, paragr. 2.

[350] Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati*, cit., 9 ss.; A. NICCOLAI, *La nozione di lavoratore svantaggiato. Analisi della categoria "svantaggio sociale" nella disciplina del mercato del lavoro*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, cit., 71 ss.

[351] Art. 1 *bis*, lett. b), l. n. 80 del 2005 b), per cui l'art. 34, secondo comma, del d.lgs. n. 276 del 2003 è sostituito dal seguente: "Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche pensionati".

[352] V. *supra*, paragr. 2.

[353] Art. 55, secondo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

destabilizzazione dell'equilibrio del sistema contrattuale, tuttavia, dall'altra, pare possa essere apprezzata nella prospettiva di diffusione dell'istituto affidata proprio all'individuazione di competenze professionali legate alle concrete e specifiche esigenze delle singole imprese, che trovano peculiare riscontro proprio nel livello aziendale della contrattazione[354].

A ogni modo l'Accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004 è intervenuto a predisporre una disciplina transitoria dei contratti di inserimento, che produce l'immediata operatività dell'istituto[355]. Si tratta in realtà, a prescindere dal *nomen* dell'accordo, della predisposizione di una disciplina atta a favorire la prima applicazione, ovvero l'ingresso a regime di questo contratto per il quale, com'è ovvio, non si può configurare una disciplina transitoria, intesa, invece, qui dalle parti in senso sostanziale come traghettamento tra il superato modello del contratto di formazione e lavoro e il nuovo istituto.

Quanto al contenuto, l'accordo da un lato non fa che riformulare le disposizioni previste nel d.lgs. n. 276 del 2003, mentre dall'altro integra in alcuni punti le disposizioni di legge. Così vengono identificati i "disoccupati di lunga durata" cui il contratto di inserimento si rivolge[356] e in materia di requisiti minimi dei progetti di inserimento da definire in sede di contrattazione collettiva nazionale o territoriale[357], vengono previsti termini e modalità della formazione da impartire[358]. Sempre in chiave di integrazione della normativa legislativa del rapporto di lavoro, viene inoltre disposto l'indicazione nel contratto dell'eventuale periodo di prova, nonché di un trattamento di infortunio e malattia non sul lavoro[359]; l'accordo specifica peraltro casi di possibile discriminazione del lavoratore con contratto di inserimento[360]; interviene infine in ordine alle modalità di computo del periodo di inserimento in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato[361].

Fa discutere, nell'ambito di queste disposizioni contrattuali, la regola che, con riguardo al periodo minimo di durata fissato dalla legge in nove mesi[362] dispone, per i contratti di reinserimento, un'espressa deroga alla disciplina legale, attraverso la possibilità, affidata alla contrattazione collettiva, di prevedere periodi minori[363]; ciò perché, in mancanza di espresso rinvio "derogatorio" da parte della legge sul punto, la previsione contrattuale non può che essere considerare alla stregua di una disposizione *contra legem* e come tale senza effetto. È possibile peraltro sostenere che il limite legale di nove mesi non trovi applicazione (soltanto) per i contratti di reinserimento

---

354 Cfr. P. BELLOCCHI, *Commento agli artt. 54-59. Contratto di inserimento*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, 628.

355 V. D. GOTTARDI, *Concertazione e unità sindacale. L'accordo interconfederale sui contratti di inserimento*, in *Lav. dir*., 2004, 231 ss.

356 Punto 2 dell'accordo, per cui: "si intendono per "disoccupati di lunga durata da 29 fino a 32 anni", (…), coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di una nuova occupazione da più di dodici mesi".

357 Art. 55, secondo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

358 Punto 6, primo comma, dell'accordo, per cui "Il progetto deve prevedere una formazione teorica non inferiore a 16 ore, ripartita fra l'apprendimento di nozioni di prevenzione antinfortunistica e di disciplina del rapporto di lavoro ed organizzazione aziendale"

359 Punto 7 dell'accordo.

360 Punto 8 dell'accordo.

361 Punto 9 dell'accordo.

362 Art. 57, primo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

363 Punto 5, comma secondo, dell'accordo.

stipulati ai sensi dell'art. 20, l. n. 223 del 1991, norma che resta applicabile per quanto più favorevole[364] e che legittima anche contratti di reinserimento a tempo determinato[365], senza limiti temporali[366].

Se l'accordo interconfederale ha permesso una regolamentazione provvisoria dell'istituto, l'interesse collettivo sull'istituto resta alto, dato che la contrattazione collettiva di categoria si sta prontamente attivando per implementarne il contenuto, al fine di soddisfare le diversificate esigenze di ogni settore.

Anche in merito a questi ultimi interventi si possono esprimere perplessità sui confini della regolamentazione contrattuale, sempre in relazione alla durata minima del contratto di inserimento, questa volta derogata in sede collettiva ampliando – ma quindi restringendo nei fatti la fruibilità dell'istituto - il requisito della durata minima legale di nove mesi, a dodici mesi, a volte soltanto per i contratti di reinserimento. Tuttavia, queste clausole contrattuali possono essere considerate conformi al dettato legislativo, in quanto è possibile ritenere che non si tratti di una deroga in senso tecnico rispetto all'inderogabile norma legale, ma dell'obbligo assunto in sede collettiva dalle parti di avvalersi di questa tipologia contrattuale nei limiti che concordano, i quali si esplicano sempre in questi casi nell'arco temporale di possibile vigenza del contratto di inserimento, come delineato dalla norma di fonte legale. Si vuol dire che, se risulta possibile stipulare un contratto di inserimento o reinserimento della durata di dodici mesi, in quanto questa durata rientra in quella consentita dalla legge, non potrebbero, invece, essere stipulati contratti di inserimento di durata inferiore al termine legale di nove mesi, in quanto questa possibilità non è contemplata dalla legge, in mancanza di un espresso rinvio derogatorio in tal senso alla contrattazione collettiva[367].

In tema di contratto di inserimento non manca di destare più di qualche perplessità un recente sviluppo in sede normativa, che mira a coinvolgere la contrattazione collettiva. Si tratta della modifica dell'art. 59, primo comma, d.lgs. n. 276 del 2003 a opera del cd. decreto sulla competitività[368], ai sensi del quale ora il previsto sottoinquadramento fino a due livelli può non trovare applicazione per le donne appartenenti a determinate aree geografiche[369]. Tale possibilità di sottoinquadramento può essere disposta da parte dei contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La norma pare introdotta anche per porre riparo al pasticcio determinato da quel decreto ministeriale, poi ritirato *in limine*, che finiva col far coincidere le aree a bassa occupazione femminile, nelle quali sarebbero destinati a operare gli incentivi alle assunzioni con contratto di inserimento

---

[364] Art. 54, quinto comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

[365] Cfr. Cass. 20 gennaio 1996, n. 450, in *Mass. giur. lav*., 1996, 339.

[366] Cfr. P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva,* cit., 169 ss.

[367] Cfr. P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva*, cit., 171.

[368] Art. 1 *bis*, lett. c), l. n. 80 del 2005.

[369] Si deve ritenere che il divieto di sottoinquadramento non operi comunque laddove le donne, pur residenti nelle suddette aeree geografiche, rientrino in una delle ipotesi di cui alle lettere da *a)* a *d)* o nella lettera *f)* dell'art. 54 del d.lgs. n. 276/2003, pena in caso contrario l'emergere di un'evidente situazione di discriminazione rispetto agli uomini.

con l'intero territorio nazionale. Stupisce tuttavia che la regola del sottoinquadramento possa essere riesumata in sede collettiva, giacché la nullità per violazione del divieto di discriminazione non può che colpire i contratti collettivi al pari delle disposizioni di legge[370]. Se dunque sarebbe paradossale parlare di nuovi spazi per la contrattazione collettiva, come si è già notato con considerazioni che non si possono non condividere[371], al contempo si può nutrire fiducia nella capacità del sindacato di gestire anche le sorprendenti norme ricordate con la diffusa misura dimostrata nei confronti di altri casi simili di delega al ribasso di cui è pieno il d.lgs. n. 276 del 2003.

Si vuol dire che se la normativa del 2003 fa acqua da molti versanti, nell'ambito di un'analisi più ampia condotta di recente la capacità di drenaggio da parte del sindacato mi è parsa notevole e forse al di là delle migliori previsioni[372], che mi induce a ritenere che anche rispetto alla recente disposizione sia lecito attendersi da parte sindacale un uso accorto, se non un non uso, di quella che resta una possibilità.

Allo stesso modo del contratto di inserimento, finalità inclusive possono essere attribuite anche al contratto di apprendistato, delineato in modo a dir poco complesso da parte del legislatore nazionale nell'ambito della riforma del mercato del lavoro attuata attraverso il d.lgs. n. 276 del 2003.

In questa sede occorre soltanto svolgere alcune considerazioni intorno al ruolo che il sindacato è venuto ad assumere nella problematica gestione di tale forma contrattuale, in particolare con riguardo all'apprendistato professionalizzante[373]. Questa forma contrattuale viene a trovarsi costretta in un sovraffollamento delle fonti che sono chiamate a regolamentarlo, legislazione statale, legislazione regionale e accordi collettivi[374], che ha scatenato uno scontro durissimo tra Stato, Regioni e parti sociali.

In tale quadro non sempre il legislatore regionale è riuscito a fornire risposte in materia di apprendistato e così il contratto collettivo è venuto ad assumere la funzione di "ruota di scorta" della legislazione regionale che stentava a intervenire, come nel caso emblematico del CCNL del commercio, che si era fatto carico di anticipare la legislazione regionale. Così il circuito regolativo legge regionale/contratto collettivo è stato rovesciato dalle parti sociali di fronte all'inerzia del legislatore regionale e ha condotto anche alla modifica dell'art. 49 del d.lgs. n. 276 del 2003 (attraverso il cd. decreto competitività, l. n. 80 del 2005), che espressamente prevede la possibilità della "anticipazione" regolativa delle parti sociali nell'attesa della legge regionale.

---

370 Cfr. anche G. DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, cit., 62.

371 Cfr. A. R. TINTI, *L'eguaglianza e le solidarietà difficili*, cit., 286, nota 50.

372 Cfr. P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva*, cit., 159 ss.

373 Occorre in questa sede solo notare che, a più di tre anni di distanza dal decreto, dei tre tipi di apprendistato delineati dalla riforma solo uno, quello professionalizzante, è parzialmente attivato. Da un lato, infatti, per l'apprendistato per l'alta formazione vive ancora una fase di sperimentazione, mentre l'apprendistato per l'espletamento del diritto dovere di istruzione e formazione collegato alla riforma dei cicli scolastici (legge n. 53/2003, c.d. legge Moratti), sconta i ritardi accumulati da quest'ultimo provvedimento, sicché il relativo percorso di formazione in apprendistato non è stata ancora attuato.

374 Cfr. Corte Cost. n. 50 e n. 51 del 2005.

8. Segue. d) l'inclusione tramite l'implementazione delle tutele nelle forme di lavoro "flessibile".

Ampliando in un certo senso il quadro di riferimento, un ulteriore terreno qui prescelto di verifica della capacità della contrattazione collettiva di realizzare obiettivi di inclusione sociale concerne l'implementazione delle tutele relative alle forme di lavoro "flessibile", la cui diffusione è risultata incrementata dalle ultime riforme del mercato del lavoro.

Si vuole qui evidenziare che la contrattazione collettiva si mostra capace di introdurre in alcuni ambiti una regolamentazione che offre maggiori garanzie ai lavoratori rispetto a quanto previsto dal legislatore. L'elemento interessante risiede nel fatto che questo intervento si produce al di fuori del noto meccanismo di rinvio legale alla contrattazione collettiva, cioè si svolge *praeter legem*, in uno spazio non disciplinato, ma consentito dal legislatore, e utilizzato in funzione di recupero di un ruolo più propriamente inclusivo ovvero di diffusione della solidarietà collettiva[375].

In tale prospettiva un versante degno di attenzione è offerto dai primi esperimenti di regolamentazione collettiva dei contratti di lavoro a progetto, che, dando voce a esigenze da tempo diffuse[376], delineano tutele aggiuntive rispetto a quelle previste dalle disposizioni di legge che disciplinano il nuovo istituto[377].

Oltre che apprezzabili, come abbiamo già notato in precedenza, in relazione all'emersione di una rappresentanza specifica[378], sul piano dei contenuti nei primi contratti (o meglio accordi)[379] collettivi dedicati a questa nuova tipologia contrattuale si trovano specificazioni delle caratteristiche del progetto, programma o fase di esso, ovvero delle figure professionali che possono essere assunte mediante tale contratto di lavoro, insieme alla determinazione di una durata minima del contratto di lavoro a progetto. Viene poi riconosciuto un diritto all'informazione che dovrebbe preludere a una (comunque eventuale) assunzione con contratto di lavoro subordinato nel caso in cui il committente si trovi nella necessità di effettuare tali assunzioni per lo svolgimento di mansioni analoghe e compatibili con quelle svolte dai collaboratori a progetto, ovvero integri un vero e proprio diritto di precedenza nell'assunzione in quei medesimi casi. Tali previsioni si accompagnano alla predeterminazione delle ipotesi di recesso legittimo, che dunque viene costruito come recesso vincolato e non libero. In questi casi le disposizioni di legge prevedono che la possibilità di introdurre causali di recesso possa essere stabilita nel contratto individuale[380], ma le parti sindacali mostrano interesse a occupare questo ambito anticipando le eventuali determinazioni in sede di contratto individuale, attraverso l'esercizio di una competenza espressamente conferita dal legislatore in generale sull'intero istituto[381]. Non manca infine il riconoscimento di diritti sindacali in azienda, sulla falsariga di quanto riconosciuto dallo Statuto per i lavoratori

---

375 Cfr. P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva*, cit., 159 ss.

376 Otre agli autori citati in precedenza cfr. F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolamentazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *Lav. dir*., 1999, 553.

377 Cfr. C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., 141 ss.

378 V. *supra,* paragr. 3.

379 La preferenza per l'utilizzo del termine *accordo* collettivo in luogo di *contratto* collettivo appare ancora il retaggio di una concezione che vede il vero e proprio contratto collettivo riservato al solo mondo del lavoro subordinato.

380 Art. 67, secondo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

381 Art. 61, quarto comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

subordinati; questo dato acquista pregnante significato, anche per il fatto che tali aspetti sono stati completamente ignorati dal legislatore in sede di disciplina del lavoro a progetto[382].

Se quello descritto rappresenta il versante di maggiore novità e di prevedibile ulteriore evoluzione, anche negli ambiti consueti del lavoro subordinato si registrano interessanti sviluppi in merito all'implementazione delle tutele.

Ci si riferisce in particolare all'istituto della precedenza nelle assunzioni, che, ancor più in un quadro connotato dalla diffusione della precarietà, rappresenta uno strumento importante di conservazione dell'inclusione lavoristica del soggetto già lavoratore.

E così in materia di contratto a termine il diritto di precedenza per i lavoratori assunti in occasione di punte stagionali[383] è stato delegificato e affidato in parte, nel *quomodo*, a una espressa previsione contrattuale collettiva[384]. Quanto al possibile contenuto della regolamentazione collettiva, questa può occuparsi delle modalità di esercizio del diritto di precedenza, vale a dire delle modalità di comunicazione, da parte del dipendente, della volontà di avvalersi del diritto, delle modalità di formazione di eventuali graduatorie, ecc.

In questo quadro legale, la contrattazione collettiva, in alcuni casi, ha già disciplinato l'istituto estendendone l'ambito originario di efficacia ovvero disciplinando il suddetto diritto di precedenza in modo diverso. Negli ultimi rinnovi contrattuali si prevede in molti casi un diritto di informazione in capo ai lavoratori con contratto di lavoro a termine in merito ai posti vacanti a tempo indeterminato che si rendano disponibili nell'azienda, al fine di agevolarli nella loro richiesta di un lavoro a tempo indeterminato, la cui accettazione resta nella discrezionalità dell'azienda. In altri contratti si delega la possibilità di prevedere un diritto di precedenza alla contrattazione di livello inferiore, in ragione delle peculiarità strutturali dei diversi settori che compongono la categoria. In altri casi ancora è riconosciuto un vero e proprio diritto di precedenza in favore di lavoratori già assunti a tempo determinato per due volte dall'azienda, che a volte si configura solo entro una determinata percentuale dei lavoratori da assumere.

Sempre in tema di diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato (in questo caso a tempo pieno), in materia di contratto di lavoro a tempo parziale l'istituto, come nell'ambito della precedente normativa[385], era disciplinato direttamente dalla legge, che riconosceva tale diritto a determinate categorie di lavoratori, prevedendo anche i criteri attraverso i quali effettuare l'eventuale selezione[386]. A seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003, la disponibilità dell'istituto viene ora affidata al contratto individuale, che può eventualmente prevedere

---

[382] L'emergenza di un intervento sindacale anche su tali aspetti sembra emergere con evidenza dalla recente cronaca, che ci mostra casi diffusi di lavoratori con contratto di lavoro a progetto cui il contratto non viene rinnovato proprio, se non formalmente "a causa", di fatto "in relazione" alla loro richiesta di riunirsi in assemblea con altri colleghi assunti con la medesima tipologia contrattuale.

[383] Art. 23, secondo comma, l. n. 56 del 1987

[384] La legge (art. 10, decimo comma, d.lgs. n. 368 del 2001) detta comunque parte del contenuto necessario dell'istituto, allorché prevede che "In ogni caso il diritto di precedenza si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro ed il lavoratore può esercitarlo a condizione che manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso".

[385] Art. 5, comma 3-*bis*, l. n. 863 del 1984.

[386] Art. 5, secondo comma, d.lgs. n. 61 del 2000, nel testo previgente.

un diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo pieno per lavoratori che operano nel medesimo ambito comunale adibiti alle stesse mansioni o equivalenti[387].

Invece, per il caso contrario, vale a dire per la precedenza nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, la norma ha subito soltanto lievi modificazioni, giacché continua a prescrivere al datore di lavoro obblighi di informazione e al contempo gli impone di "prendere in considerazione le eventuali domande di trasformazione a tempo parziale del rapporto dei dipendenti a tempo pieno", insieme a delineare anche uno spazio per la contrattazione collettiva per quanto concerne l'individuazione delle modalità attraverso le quali il datore di lavoro adempie a tali obblighi[388].

Nel quadro del possibile intervento della contrattazione collettiva previsto dalla legge[389], negli ultimi rinnovi contrattuali risultano interessanti le clausole che prevedono un diritto di precedenza rispetto agli altri lavoratori nel passaggio a un rapporto di lavoro a tempo parziale in favore dei lavoratori genitori di portatori di handicap grave, ovvero prevedono che le aziende valutino, entro determinati limiti, le richieste di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale, con preferenza per le richieste provenienti da soggetti con problemi di salute, nonché per favorire la frequenza di corsi di formazione. In altri casi, attraverso disposizioni speculari, viene previsto il diritto di precedenza sia con riguardo a trasformazioni del rapporto da tempo parziale a tempo pieno che viceversa, ai lavoratori aventi i requisiti necessari per la copertura del posto[390].

9. Sintesi e prospettive. a) La permanente centralità dell'intervento legislativo nazionale, promozionale ovvero "coercitivo" dell'azione collettiva.

Giunto il momento di cercare di tirare le fila del discorso fin qui svolto, nel vagliare gli effetti sul versante nazionale, si deve rilevare che il grado di incidenza degli *imputs* comunitari veicolati attraverso l'OMC sull'azione diretta del sindacato, in cui viene riposta diffusa fiducia[391], risulti ancora debole.

E invero da un primo esame empirico il riferimento ai documenti comunitari non sembra molto diffuso in sede sindacale, anche perché l'intervento della contrattazione collettiva, pur chiamata in causa direttamente da quei documenti, resta pur sempre legato o meglio derivato da quello del legislatore nazionale, che per primo interfaccia, si potrebbe dire, gli indirizzi comunitari. Pertanto resta ancora il legislatore interno che detiene, e viene in larga misura a determinare o meno, lo sviluppo anche dell'azione sindacale sul versante dell'inclusione sociale, proprio quanto all'identificazione degli ambiti di intervento di una contrattazione collettiva da tempo debole a proporne di nuovi *ex se*.

---

387 Art. 5, secondo comma, d.lgs. n. 61 del 2000, nella versione novellata dall'art. 46, lett. *o)*, d.lgs. n. 276 del 2003.

388 Art. 5, terzo comma, d.lgs. n. 61 del 2000, nella versione novellata dall'art. 46, lett. *o)*, d.lgs. n. 276 del 2003.

389 Art. 5, terzo comma, d.lgs. n. 61 del 2000.

390 Cfr. anche S. NADALET, *Le tecniche di regolazione dello svantaggio sociale nella contrattazione collettiva*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale,* cit., 231 ss.

391 V., ad es., COMMISSIONE EUROPEA, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*, COM(2005) 24 del 27 febbraio 2005, 32, di inaugurazione del nuovo corso della Strategia di Lisbona, in cui "alle parti sociali si chiede di promuovere l'integrazione dei soggetti esclusi dal mercato del lavoro, compresi i giovani. Queste misure non solo contribuiranno alla lotta contro la povertà, ma consentiranno a un maggior numero di persone di lavorare".

Questa è la conclusione che pare emergere innanzitutto in relazione alle pressanti esigenze di una appropriazione o riappropriazione della rappresentanza anche del lavoro "atipico", sulle quali ci siamo già ampiamente soffermati in precedenza[392].

Se invero l'impegno endogeno sindacale a una trasformazione delle proprie logiche e dinamiche appare ineludibile, il ruolo del legislatore resta comunque centrale. E così la prospettiva di più lungo periodo, da tutti condivisa pur nelle sue fisiologiche sfumature, rimane quella della definizione in via legislativa di uno Statuto dei lavori, volto a definire tutele minimali per forme di lavoro sussumibili nella probabile nozione di dipendenza economica[393], che nel medio-lungo periodo sembrerebbe preludere a una tendenziale edulcorazione delle differenze tra i tipi contrattuali, riaggregati sul piano delle tutele, che restano il prevalente interesse del lavoratore.

Da questo punto di vista se l'istituto del lavoro a progetto, come abbiamo notato in precedenza[394], pare aver contribuito a far emergere una rappresentanza collettiva, ha però, come effetto negativo, prodotto un'ulteriore frammentazione del lavoro parasubordinato, diviso ora tra contratti di lavoro a progetto, vecchie collaborazioni coordinate e continuative nei casi consentiti dal d.lgs. n. 276 e nuovi o vecchi collaboratori formalmente autonomi "puri", titolari di partita IVA[395].

Si assiste dunque a un'accentuata divaricazione tra tipo contrattuale scelto dalle parti ed effettive esigenze di tutele legate alla sostanziale dipendenza economica, che può sussistere sia per lavoratori a progetto che autonomi con partita IVA, così come può mancare per alcune tipologie di lavoratori a progetto, connotate da elevata professionalità e da pluricommittenza. Per tali motivi l'intervento del sindacato limitato ai lavoratori con contratto di lavoro a progetto e non agli altri rischia di accentuare effetti discriminatori e produrre nuove non-inclusività, maggiormente odiose in quanto diffuse tra gruppi sostanzialmente omogenei di lavoratori.

Nel lungo periodo pertanto l'esigenza di un più ampio intervento del legislatore sembra necessario nella prospettiva di un ritorno dai "lavori" al "lavoro in generale"[396], che ricomprenda entro di sé lavoro subordinato e autonomo, al fine di predisporre regole comuni di tutela indifferenti al tipo negoziale di volta in volta "indossato" dal lavoratore, nella prospettiva di una tutela della persona non solo *attraverso* i modelli contrattuali, ma anche *a prescindere* da quelli, che implica un nuovo interesse ai diritti sociali della persona[397]. E allora proprio nuove modulazioni della norma inderogabile di fonte legale, anche se come tali non direttamente ascrivibili nei canoni

---

[392] V. *supra*, paragr. 3-4.

[393] V. ad es. l'intervista all'allora segretario confederale della Cisl Pezzotta sul *Corriere della Sera* del 21 dicembre 2005, che ribadiva che: "Se oggi c'è un mercato del lavoro con molte forme di flessibilità quel che serve è uno Statuto dei lavori che estenda alle forme di lavoro atipico una serie di tutele e di diritti minimi".

[394] V. *supra* paragr. 3.

[395] V. le recenti indagini condotta dall'IRES-CGIL su *Professionisti, ma a quali condizioni? Prime evidenze empiriche sui collaboratori con partita Iva iscritti al fondo Inps per i para-subordinati* del settembre 2005 e *Nuovo contratto. Stessi problemi. Gli effetti della legge 30/03 nel passaggio dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto* del 21 Ottobre 2005, entrambe in *www.ires.it*

[396] Cfr. A. PERULLI, *Interessi e tecniche*, cit., 55.

[397] Un richiamo a una riflessione su una nuova teoria dei diritti sociali è svolta di recente proprio in relazione alle sollecitazioni indotte dalle nuove tipologie di lavori flessibili da E. GHERA, *Intervento*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio A.I.D.La.S.S., Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 591.

classici della legislazione promozionale, contribuirebbero indirettamente anche all'acquisizione diremmo stabile e definitiva nell'alveo della tutela contrattuale collettiva dei "nuovi lavori".

Un ulteriore ambito di possibile e auspicabile sviluppo dell'azione collettiva in favore dei lavoratori atipici è infine rappresentato dal versante della previdenza complementare, che vede il sindacato chiamato a costituire fondi di previdenza aperti o riservati all'adesione di quei lavoratori[398]. Anche in questo ultimo versante le difficoltà non mancano, ma, anzi, risultano maggiori rispetto al generale quadro di perdurante faticoso sviluppo della previdenza complementare, in quanto le ricerche più recenti evidenziano un reddito medio dei lavoratori parasubordinati – laddove tale formula include sia quelli assunti con contratto di lavoro a progetto che i professionisti con partita IVA in condizione di sostanziale dipendenza economica - di gran lunga inferiore a quello di lavoratori dipendenti di analoghe professionalità, che conduce *in primis* a una contribuzione previdenziale del tutto insufficiente a garantire una adeguata prestazione pensionistica[399]. Su questo versante va sicuramente apprezzato il recente intervento del legislatore che nell'ultima legge finanziaria ha sensibilmente innalzato l'aliquota contributiva per i lavoratori non subordinati, iscritti alla gestione separata dell'INPS[400] elevandola al 23%[401]; l'aumento della contribuzione al contempo non può comportare una riduzione del compenso netto del lavoratore[402].

Tale condizione incide quindi direttamente anche sulla propensione al risparmio previdenziale di queste categorie, sicché anche qui – a testimonianza del rilevato insostituibile necessità dell'intervento normativo statale – va apprezzato l'intervento del legislatore, nella medesima legge finanziaria per il 2007, teso ad ancorare il corrispettivo del lavoratore parasubordinato a quello del "comparabile" lavoratore subordinato, "sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento"[403], attraverso cioè una implicita applicazione dei principi in materia di retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost., che a mio avviso, finisce col produrre un terreno più fertile anche per l'azione sindacale sul campo della previdenza complementare.

---

[398] V. da ultimo in tal senso nell'ambito dei documenti presentati al 15° Congresso nazionale della Cgil dell'1-4 marzo 2006, la tesi n. 7, *Uno Stato sociale inclusivo, efficiente e di qualità*, punto 4.3, in *www.Cgil.it,* in cui si ribadisce che: "La contrattazione e la gestione dei fondi negoziali devono poi agevolare l'adesione dei lavoratori con rapporti di lavoro atipici e prevedere anche una mutualità interna che contribuisca a ridurre gli ostacoli che oggi rendono difficile l'esercizio di questa opportunità".

[399] V. le recenti indagini condotta dall'IRES-CGIL su *Professionisti, ma a quali condizioni? Prime evidenze empiriche sui collaboratori con partita Iva iscritti al fondo Inps per i para-subordinati* del settembre 2005 e *Nuovo contratto. Stessi problemi. Gli effetti della legge 30/03 nel passaggio dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto* del 21 Ottobre 2005, entrambe in *www.ires.it*

[400] Art. 2, comma 26, l. n. 335 del 1995.

[401] Art. 1, comma 770, l. 27 dicembre 2006, n. 296, per cui: "Con effetto dal 1º gennaio 2007, l'aliquota contributiva pensionistica per gli iscritti alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, che non risultino assicurati presso altre forme obbligatorie, e la relativa aliquota contributiva per il computo delle prestazioni pensionistiche sono stabilite in misura pari al 23 per cento. Con effetto dalla medesima data per i rimanenti iscritti alla predetta gestione l'aliquota contributiva pensionistica e la relativa aliquota contributiva per il computo delle prestazioni pensionistiche sono stabilite in misura pari al 16 per cento".

[402] Art. 1, comma 772, primo periodo, l. 27 dicembre 2006, n. 296, per cui: "L'incremento contributivo di cui al comma 770 non può in ogni caso determinare una riduzione del compenso netto percepito dal lavoratore superiore ad un terzo dell'aumento dell'aliquota. A tal fine, si assume a riferimento il compenso netto mensile già riconosciuto alla data di entrata in vigore della presente legge, in caso di rapporti in essere alla medesima data, ovvero il compenso netto mensile riconosciuto sulla base dell'ultimo contratto stipulato dal lavoratore con il medesimo committente".

[403] Art. 1, comma 772, secondo periodo, l. 27 dicembre 2006, n. 296, per cui: "In ogni caso, i compensi corrisposti ai lavoratori a progetto devono essere proporzionati alla quantità e qualità del lavoro eseguito e devono tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento".

Sempre in questa linea di tendenza, come abbiamo già notato, l'incidenza dell'intervento legale risulta di tutta evidenza anche con riguardo alle disposizioni sul ciclo della vita, ovvero sulla conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro, che solo in seguito all'intervento del legislatore nazionale del 2000 hanno avuto impulso e spazio adeguato fra i contenuti contrattuali[404]. Peraltro, dall'analisi dei contenuti contrattuali si evince che la tendenza è quella di adempiere agli obblighi prescritti dalla legge, ma al contempo pare ancora mancare una ulteriore politica di intervento sindacale diremmo per così dire autonomo, atto cioè a delineare ulteriori percorsi di tutela per la persona[405].

In ogni caso occorre osservare che la nuova urgenza di un intervento del legislatore nella prospettiva sopra vagliata di uno Statuto dei lavori emerge con evidenza anche in riferimento a tali interessi del lavoratore parasubordinato, ovvero economicamente dipendente, giacché una disciplina legale resta circoscritta alla sola e non esaustiva ipotesi del lavoro a progetto, che comunque anche in quel caso appariva sorda ai bisogni legati al ciclo della vita, limitandosi a prevedere soltanto una debole tutela della donna in gravidanza[406].

Su tale versante speranze di sviluppi virtuosi potevano essere riposte anche nella pregnante circostanza che fra le 24 nuove *guidelines* comunitarie individuate dal Consiglio venga espressamente compresa quella di "Promuovere un approccio al lavoro basato sul ciclo di vita"[407], la cui centrale importanza viene ribadita dallo stesso Consiglio più di recente nell'ambito dell'individuazione dei settori specifici per azioni prioritarie[408].

Tali *imputs* pare abbiano trovato risposte nel recente intervento del legislatore nazionale, che sempre nell'ambito della legge finanziaria per il 2007 ha previsto anche per i lavoratori a progetto una parziale applicazione della normativa sui congedi parentali, con riguardo alla garanzia di un trattamento economico per un periodo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino[409].

---

[404] V. *supra*, paragr. 5.

[405] E. ALES, P. PASSALACQUA, *Collective Bargaining and Life Cycle, Italian Report*, 2005, cit.; v. anche il *Rapporto ISFOL 2005*, dove a riguardo si osserva che "vi è la massima propensione ad adeguarsi alla normativa in vigore senza creare sistemi complessi di regole finalizzati alla flessibilità orientata alle esigenze della persona".

[406] Art. 66, d.lgs. n. 276 del 2003.

[407] Consiglio Europeo di Bruxelles, 16-17 giugno 2005*, Conclusione della Presidenza*, Allegato 2 *Orientamenti integrativi per la crescita e l'occupazione (2005-2008),* linea guida n. 18.

[408] Consiglio Europeo di Bruxelles del 23-24 marzo 2006*, Conclusione della Presidenza,* parte I, *(c) Aumentare le opportunità di occupazione per le categorie prioritarie,* punto 37: "Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a: – sviluppare un approccio al lavoro basato sul *ciclo di vita* che faciliti la transizione rapida da un'occupazione all'altra lungo l'intera vita attiva e comporti un aumento del numero totale di ore di lavoro nonché un miglioramento dell'efficienza degli investimenti in capitale umano" e punto 73: "Il Consiglio europeo sottolinea che, tenuto conto dei cambiamenti demografici nell'Unione europea, i tassi di occupazione debbono essere aumentati, promuovendo altresì la riconciliazione fra lavoro e vita familiare (…)".

[409] Art. 1, comma 788, ultimo periodo, l. 27 dicembre 2006, n. 296, per cui: "Ai lavoratori di cui al presente comma, che abbiano titolo all'indennità di maternità, è corrisposto per gli eventi di parto verificatisi a decorrere dal 1º gennaio 2007 un trattamento economico per congedo parentale, limitatamente ad un periodo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino, la cui misura è pari al 30 per cento del reddito preso a riferimento per la corresponsione dell'indennità di maternità. Le disposizioni di cui al precedente periodo si applicano anche nei casi di adozione o affidamento per ingressi in famiglia con decorrenza dal 1º gennaio 2007. Le prestazioni di cui al presente comma sono finanziate a valere sul contributo previsto dall'articolo 84 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151".

Quando, invece, si transita ai soggetti svantaggiati, il quadro legale non si mostra entusiasmante, giacché le ultime riforme del mercato del lavoro, di conclamato stampo neo-liberista, si sono prefisse di raggiungere l'obiettivo dell'inclusione di categorie svantaggiate attraverso la possibilità di prevedere trattamenti inferiori rispetto a quelli dei lavoratori "standard" nella speranza di renderli appetibili sul mercato[410], tanto che, come si è detto, "il diritto del lavoro da strumento di inclusione sociale si converte nel suo contrario", finendo col marginalizzare quei soggetti[411]. Al contempo un giudizio univocamente negativo risulta se non altro prematuro, sicché appare possibile con le dovute cautele attendere l'esito di forme di sperimentazione organizzate dal sindacato, che pur in un quadro legale complesso potrebbero produrre risultati apprezzabili.

Medesima prospettiva sembra accompagnare le sorti del contratto di inserimento, figlio della stessa logica al ribasso e frutto di un forse troppo frettoloso superamento dell'esperienza dei contratti di formazione e lavoro, indotto anche dalle note pressioni comunitarie[412]. Se allora la diversa struttura del nuovo istituto, costruito su una formazione solo eventuale renderebbe difficilmente giustificabile sul piano costituzionale il sottoinquadramento del lavoratore[413], tuttavia anche in questo caso, al di là dei difetti tecnico-giuridici delle nuove norme, effetti virtuosi sul piano dell'inclusione non possono escludersi, sicché può rimanere precoce un giudizio definitivo.

Un giudizio meno incerto e più positivo si può formulare in relazione alla disciplina implementare del lavoro flessibile, dove ho potuto notare che la contrattazione collettiva si stia appropriando di spazi autonomi di intervento, anche al di là degli steccati sempre più rigidi costruiti dal legislatore nelle ultime leggi sul mercato del lavoro.

Interventi di questo tipo dimostrano l'efficacia e la tenuta del "compromesso" virtuoso di una flessibilità regolata e controllata dalle parti sociali, cioè di quella cd. *flexicurity* di matrice comunitaria ritenuta obiettivo indispensabile di equilibrio del sistema in una prospettiva di inclusività effettiva dell'individuo[414]. L'azione sindacale su questo terreno vale anche a riequilibrare l'attuale sistema, ovvero in un certo senso a porre rimedio, prima di un nuovo auspicabile intervento del legislatore, all'equivoco (per la verità risalente) di un incremento dei tassi di occupazione direttamente legato a una accentuata flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, realizzata attraverso

---

410 Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, T*ra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav*., I, 2004, 521.

411 Cfr. U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *Eguaglianza & Libertà on line, Rivista di critica sociale*, 2004.

412 Cfr. L. ZOPPOLI, *La riforma dei contratti con finalità formative: troppo burrasca per giungere in porto?*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 617; L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 34, 2004; 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. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 617.

413 Cfr. M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle recenti riforme*, Relazione alle Giornate di studio A.I.D.La.S.S., in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, 2005, 21-22.

414 Cfr. B. CARUSO, *Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. rel. ind*., 2000, 146; B. CARUSO, *The concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the Europian context*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2004, n. 38; A. PERULLI, *Interessi e tecniche*, cit., 59 ss.; R. ROMEI, *Rapporti di lavoro atipici*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra [a cura di], *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 455; S. SCIARRA, *Parole vecchie e nuove*, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *Arg. dir. lav*., 1999, I, 373 ss.; S. SCIARRA, *Fundamental Labour Rights*, cit., 7 ss.; T. TREU, *Il diritto del lavoro,* cit., 508 ss.; S. SCARPONI, *Lavori flessibili, autonomia collettiva tra diritto comunitario e interno*, in *Lav. dir*., 2002, 361.

interventi legislativi "demolitori" di garanzie e tutele a danno dei lavoratori, che ha rappresentato la principale giustificazione anche del legislatore italiano dell'ultima riforma di stampo neo-liberista del mercato del lavoro[415].

Sviluppi infine anch'essi positivi e propulsivi si rivelano quelli delineati in sede di concertazione di livello territoriale, dove si ha modo di apprezzare la propensione del sindacato di livello confederale di farsi portavoce anche delle esigenze legate alle politiche di inclusione in rapporto con i poteri pubblici locali. Ciò peraltro non assolve il legislatore e in genere i pubblici poteri dall'onere di predisporre politiche rivolte a costituire i presupposti di contesto favorevoli alla formazione dell'identità collettiva, come la creazione di un sistema di *welfare* diffuso e un sostegno istituzionale alla concertazione territoriale[416].

10. Segue. b) La parallela sfida di rilancio "interna" del sindacato italiano come veicolo di inclusione sociale. Qualche ulteriore segnale virtuoso: l'esperienza del delegato sociale; la possibile riappropriazione del collocamento anche attraverso gli enti bilaterali e la gestione di strumenti di welfare da parte del sindacato nella logica della sussidiarietà.

Se le considerazioni fin qui svolte fanno emergere in generale la necessità di un perdurante sostegno legislativo all'azione sindacale anche sul versante dell'inclusione sociale in un'accezione ampia del termine, al contempo questa diffusa esigenza non pare debba indurre il sindacato italiano a trincerarsi dietro un alibi del genere laddove l'azione del legislatore resti insufficiente, ma, al contrario, a implementare i propri ambiti di intervento.

In questo contesto un ulteriore versante in cui si può apprezzare l'apertura del sindacato ai temi dell'inclusione all'interno dei luoghi di lavoro è rappresentato dai progetti regionali sulla formazione del cd. delegato sociale da inserire nelle rsu. Si tratta di un soggetto che, dopo avere individuato e rilevato le possibili situazioni di disagio all'interno dell'azienda, sia in grado di promuovere condizioni di benessere e inclusione lavorativa e sociale. Il progetto nato in Emilia Romagna nel 1997 attraverso un'iniziativa unitaria di Cgil, Cisl, Uil e Regione Emilia Romagna, in collaborazione con Ageform, l'Agenzia di formazione e lavoro delle tre confederazioni bolognesi, finanziato dal Fondo sociale europeo, ha avuto un progressivo sviluppo anche in altre regioni. A distanza di quasi dieci, in Emilia Romagna sono presenti ben 250 delegati sociali e l'esperienza voluta da tutte e tre le sigle sindacali è stata poi estesa grazie al progetto "Equal" ad altre regioni.

Inoltre un ulteriore ambito di possibile sviluppo virtuoso dell'azione sindacale nella logica dell'inclusione rimane quello del collocamento, su cui forse è ancora troppo presto per formulare giudizi ovvero delineare percorsi trasparenti.

---

[415] Sull'inadeguatezza di tale impostazione cfr. G. RODANO, *Aspetti problematici del d.lgs. 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *Giorn dir. lav. rel. ind.*, 2005, 419 ss., spec. 430 ss., che peraltro osserva che i nuovi rapporti di lavoro si rivelano poco attrattivi per le imprese, in quanto per diverse ragioni risultano (p. 437) "intrinsecamente meno produttivi e perciò molto più costosi". In precedenza cfr. già, nella medesima prospettiva A. FUMAGALLI, *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, 219 ss.

[416] Cfr. T. TREU, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, Paper presentato al Seminario di studio *Nuove forme di decisione e nuove forme di regolazione: il metodo di coordinamento aperto nel processo di integrazione europea*, Brescia, 9-10 febbraio 2004, 10.

Peraltro questa rinnovata attenzione non fa che rivitalizzare un interesse che ha radici lontane. Fin dalle origini, invero, attraverso il collocamento, il movimento sindacale è riuscito a mostrare l'efficacia della propria azione; a svolgere opera di proselitismo, in funzione del rafforzamento del proprio potere contrattuale, creando quel virtuoso "collegamento del controllo delle assunzioni con la contrattazione delle condizioni di lavoro"[417].

Tra le tante ombre (le più visibili) dell'ultima legislazione nazionale sul mercato del lavoro qualche spiraglio di luce (che certo resta più "in ombra") tocca proprio il versante del collocamento, nella scia peraltro della legislazione immediatamente precedente[418]. Il modello prefigurato, pur nelle indiscutibili differenze, pare richiamare quello in voga nel periodo precorporativo, in cui l'attività di mediazione privata era ammessa, anche se sottoposta ad autorizzazione amministrativa[419].

In questa direzione, oltre ad altri soggetti, vengono legittimati espressamente alla attività di intermediazione le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative firmatarie di contratti nazionali e gli enti bilaterali[420]. In relazione a questi ultimi soggetti, invero, l'innesto "forte" (tramite la legge) degli enti bilaterali nel mercato del lavoro con variegate funzioni sviluppato dal d.lgs. n. 276 del 2003 non ha mancato di sollevare ferventi critiche.

Il dibattito sul punto è solo agli inizi e va calato entro scenari più ampi, non solo "vetero-esegetici"[421], in cui, come valutazione di contesto si può ritenere che "La previsione del loro rafforzamento è coerente con l'evoluzione in atto del contesto economico"[422], in quanto le istituzioni bilaterali si sono sviluppate proprio in ambiti particolari caratterizzati dalle ridotte dimensioni delle realtà produttive e dalla mancanza di continuità dei rapporti di lavoro[423], che oggi paiono emergere come invece quali connotati caratterizzanti dell'intero sistema[424].

Le critiche maggiori si sviluppano sia con riguardo agli aspetti di ordine tecnico giuridico, con riguardo alla compatibilità costituzionale di un simile assetto, che con riguardo al suo impatto politico-sindacale, in quanto si porrebbe in conflitto con la funzione di rappresentanza del sindacato in riferimento alla possibilità che gli enti bilaterali siano introdotti mediante accordi cd. "separati"[425]. Tuttavia si può replicare che nel nostro ordinamento risulta sempre possibile stipulare accordi collettivi validi senza la firma di tutte le sigle sindacali, che producono certo problemi di gestione sul piano delle relazioni industriali e che in quella sede trovano le loro soluzioni, difficili

---

417 E. GHERA, voce *Lavoro (Collocamento),* in *Dig. disc. priv., sez. comm*., vol. VIII, Torino, 1992, 106.

418 V. F. TORELLI, *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato*, in *Lav. dir*., 2003, 243.

419 Cfr. E. GHERA, voce *Lavoro (Collocamento),* cit., 106.

420 Art. 6, terzo comma, d.lgs. n. 276 del 2003.

421 Cfr. U. ROMAGNOLI, *Enti bilaterali: possibili risposte*, in *Lav. dir*., 2003, 261.

422 G. PROIA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 53.

423 Cfr. C. CESTER, *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. dir*., 2003, 212; G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali*, cit., 187.

424 Cfr. F. CARINCI, *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *Lav. dir*., 2003, 199 ss.; P. VARESI, *Azione sindacale e tutela nel mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova*, in *Dir. rel. ind., 2004,* 226 ss.

425 Cfr. L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. dir*., 2003, 163; G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, in *Lav. dir*., 2003, 190; G. FONTANA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del Lavoro. Riforme e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 316 ss.

a volte, ma sempre possibili, sicché non sembrano sorgere questioni peculiari da questo punto di vista[426].

Inoltre, sempre nella medesima prospettiva, il segnalato rischio che gli enti bilaterali sarebbero destinati ad assumere una funzione monopolistica o quanto meno fortemente oligopolista nella gestione del mercato del lavoro in quanto i lavoratori si rivolgerebbero preferibilmente a loro per cercare un lavoro[427], mi pare possa essere ribaltato in positivo. E invero, in assenza oggi di alcun monopolio legale dell'attività di intermediazione, la situazione di oligopolio emergerebbe di fatto a riprova che questi soggetti sono i più adatti e i più efficienti a gestire quel collocamento che da sempre è mancato in Italia, sotto il simulacro del vecchio monopolio pubblico.

Si deve in ogni caso ribadire, se ve fosse bisogno, che non vi è alcun spazio e quindi alcun pericolo di introdurre e imporre clausole di "*pre-entry o post-entry closed shop",* che impongono al datore di lavoro di assumere solo soggetti iscritti al sindacato ovvero di far iscrivere al sindacato i lavoratori assunti, giacché tali clausole sono state e sono tuttora ritenute illegittime in quanto contrarie al principio di libertà sindacale negativa (ovvero la libertà di non iscriversi ad alcun sindacato) sancita dalla Costituzione[428].

Sembra in definitiva che al di là di quanto delineato da specifiche normative come quelle sul collocamento dei disabili o della legge sull'handicap, il reingresso del sindacato nel collocamento renda possibile canalizzare quella solidarietà collettiva nei confronti del soggetto in cerca di lavoro, disoccupato e pertanto svantaggiato in quanto tale[429]. E invero proprio quanto maggiori si rivelino le difficoltà di inserimento tanto più difficilmente l'individuo in cerca di lavoro pare possa trovare risposte in un sistema di intermediatori o somministratori privati, legati come tali – del tutto fisiologicamente sia detto - alle sole logiche del profitto.

Al contempo, questo nuovo impegno in una prospettiva di allargamento dei campi di azione del sindacato non limitato alla sola azione propriamente contrattuale[430] può costituire anche uno strumento importante di ricerca del consenso e di affiliazione di iscritti[431], cioè come collante rispetto all'aggregazione della rappresentanza. Non si può infatti non tener conto del fatto che la rappresentanza dei disoccupati si trova in una fase del tutto embrionale, basti pensare che nell'ambito del sindacalismo confederale soltanto la Cpo-Uil prevede l'affiliazione anche dei disoccupati[432].

---

426 Cfr. anche R. DEL PUNTA, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *Lav. dir.*, 2003, 221.

427 Cfr. L. MARIUCCI, *Interrogativi,* cit., 165.

428 Cfr. per tutti, M. DELL'OLIO, voce *Sindacato (diritto vigente),* in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 679; in precedenza cfr. *amplius* T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 137 ss.

429 Cfr. A. ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro,* Bologna, 1997, 202, che osserva come "La regolazione dei lavori deve iniziare dal mercato, cioè prima che il lavoratore trovi un impiego: infatti i sindacati sorsero per difendere gli affiliati che volevano trovarsi e mantenere un impiego" e dunque "devono tornare a tutelare i lavoratori sul mercato del lavoro prima che nel rapporto di lavoro". Ciò avviene in una sorta di paradossale ritorno al passato, all'800, in quanto, a differenza del '900, secolo dell'uniformità, il presente "secolo della diversificazione somiglia di più a quello dell'eterogeneità, quando il lavoratore veniva tutelato nel difficile passaggio sul mercato del lavoro, dove era più indifeso ed insicuro".

430 Cfr. M. BIAGI, *Presentazione del Libro Bianco*, in *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*. I Seminario di studi "Massimo D'Antona", Firenze, 18 gennaio 2002, in *www.aidlass.org/dantona/seminario2002*

431 Cfr. T. TREU, *Le tutele del lavoratore,* cit., 399; G. P. CELLA, *Lavoro e contrattazione*, cit., 42.

432 V. *amplius* C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., 391 ss.

Se il quadro giuridico formale appare ora non ostativo e anzi favorevole all'ingresso o reingresso del sindacato nel collocamento, tuttavia sul piano delle politiche sindacali bisogna registrare ancora a oggi, forse per diverse ragioni, una certa timidezza a intraprendere in modo deciso questa nuova (o vecchia?) sfida.

Di certo lo sviluppo di questo versante non è favorito dalle perduranti distanze sul tema tra i due sindacati maggiori.

La Cisl appare invero maggiormente favorevole a un reingresso sindacale nel collocamento, ma al contempo non ha ancora prodotto progetti organici di una riorganizzazione strutturale tesa a creare vere e proprie agenzie di collocamento.

Ciò è probabilmente dovuto a difficoltà organizzative interne, ma anche a una mancanza di convergenza con le posizioni della Cgil, che, a riguardo appare, invece, meno aperta verso un siffatto ampliamento dell'azione sindacale. In sintesi, come efficacemente riassunto in un recente documento sindacale[433], la contrarietà della Cgil a un organico reingresso del sindacato nella gestione del collocamento risiede da un lato nella ritenuta impossibilità di "imporre che ogni assunzione sia indirizzata alle liste di emanazione sindacale (o dell'ente bilaterale)", vale a dire imporre un monopolio privato sindacale del collocamento e dall'altra al contempo che porsi su un piano concorrenziale con gli altri operatori privati significherebbe entrare in una perversa logica di offerta di lavoro al minor costo, che la Cgil rifiuta[434].

Se dunque per la Cgil non pare esserci spazio per vere e proprie funzioni di collocamento o di incontro tra domanda e offerta di lavoro, cionondimeno nel medesimo documento viene ritagliato un possibile ruolo del sindacato anche in questo ambito. E così, partendo dalla constatazione che "la stessa configurazione nuova del mercato del lavoro determina nuovi rischi di emarginazione delle fasce più deboli, oltrechè una generale necessità di sapersi orientare in ambienti nuovi e in rapido cambiamento", emerge l'esigenza di sostenere e indirizzare le persone "al momento dell'ingresso nel mondo del lavoro" attraverso strutture adeguate[435].

Questo è il compito che viene affidato ai Servizi Orientamento Lavoro (SOL) della Cgil, che offrono appunto un servizio di primo orientamento alle domande di lavoro, che si concretizza attraverso

---

[433] Si tratta del Documento della Segreteria Nazionale CGIL-Orientamento Lavoro *Per un orientamento della Cgil sul ruolo delle proprie strutture nel mercato del lavoro*, in www.sistemaserviziCgil.it.

[434] *Per un orientamento della Cgil,* cit., in cui appunto si osserva che la conciliazione tra il sindacato firmatario del contratto collettivo e quello di gestore del mercato del lavoro potrebbe avvenire attraverso due strade entrambe impraticabili: "1. imporre che ogni assunzione sia indirizzata alle liste di emanazione sindacale (o dell'ente bilaterale): strada chiaramente incostituzionale, dato che la soppressione del monopolio pubblico non può dare vita a un monopolio privato, ed in contrasto con la libertà di associazione; 2. rendere convenienti, per le imprese, le offerte della lista sindacale (o dell'ente bilaterale): strada che si scontra con la natura di agente contrattuale connaturata al sindacato, essendo la convenienza per l'impresa concretizzabile solo in un minor costo, appunto quello contrattuale; strada chiaramente non conciliabile con una funzione di garanzia verso il cittadino/lavoratore fornita da soggetti di parte nella dinamica della rappresentanza sui luoghi di lavoro. Per cui lo stesso soggetto sindacale dovrebbe tutelare la persona dall'assenza di discriminazioni sul luogo di lavoro, e al contempo far sì che il suo costo risultasse più favorevole per l'impresa, per promuoverne l'occupabilità!"

[435] *Per un orientamento della Cgil,* cit.

attività di *a)* informazione[436], *b)* assistenza[437] e *c)* sostegno nella ricerca attiva del lavoro[438]. Tra le molteplici funzioni che dovrebbero assumere i SOL acquista particolare rilievo di organizzare attività di raccordo con il sistema pubblico di collocamento, ovvero con l'attività dei centri per l'impiego, anche attraverso "la stipula di convenzioni e/o accordi con i livelli istituzionali competenti", con cui prevedere "l'inserimento nelle banche dati dei Centri per l'Impiego dei curricola raccolti attraverso le attività di sportello Cgil" e al contempo "potranno essere consultate le domande di lavoro esistenti nelle banche dati dei Centri per l'Impiego al fine di renderle disponibili agli utenti della Cgil"[439].

Nella medesima prospettiva un'altra tipologia di accordi o convenzioni è volta a favorire un raccordo tra sistema formativo e accesso al lavoro attraverso l'erogazione di moduli di formazione sulla legislazione e le caratteristiche del mercato del lavoro indirizzati alle scuole, ai corsi di istruzione per gli adulti, ai corsi di formazione professionale, forniti da parte dei Centri per l'impiego o delle Istituzioni scolastiche[440].

Come si vede la contrarietà palesata dalla Cgil in concreto non si rileva assoluta, ma anzi sembrano delinearsi interessanti linee di sviluppo su cui poter trovare convergenze anche con le altre sigle sindacali, almeno con quelle confederali.

In concreto, se dunque a oggi non esistono sistemi compiuti di collocamento privato gestito dai sindacati, non mancano segnali positivi e concreti di una attenzione che pare comunque diffondersi seppur in modo non eclatante e unidirezionale.

Ampliando ancora una volta l'orizzonte – che poi rappresenta, per così dire, la dinamica principale del presente studio – attraverso gli enti bilaterali il sindacato può essere chiamato alla gestione di strumenti di *welfare* e dunque di diritti sociali anche attraverso l'impiego di risorse pubbliche.

Si deve qui ricordare che per soddisfare i diritti sociali lo Stato può apprestare sia meccanismi diretti di prestazione dei corrispondenti beni o servizi oppure meccanismi indiretti, tramite l'affidamento a soggetti privati del compito di erogare quelle prestazioni, le cui spese sono coperte in

---

[436] I servizi offerti dal SOL si possono trovare elencati nel sito www.sistemaserviziCgil.it. Quanto all'attività di informazione questa si svolge su: "la legislazione e strumentazione per l'accesso al lavoro, i soggetti pubblici dell'incontro domanda/offerta di lavoro, la caratteristica del mercato del lavoro, l'obbligo scolastico e l'offerta formativa, il sistema delle tutele e dei diritti, l'inserimento lavorativo dei portatori di handicap, l'inserimento lavorativo dei cittadini stranieri, le tipologie contrattuali".

[437] L'attività di assistenza si esplica su: "contenuti dei contratti individuali, verifica della scheda professionale, iscrizione banche dati pubbliche (CPI), indennità di disoccupazione, assistenza di primo livello e accompagno verso strutture di categoria e dei servizi".

[438] L'attività di sostegno nella ricerca attiva di lavoro si sviluppa in una attività di consulenza tesa alla: "analisi dei bisogni formativi, consultazione guidata della banca dati, individuazione dei soggetti ai quali proporsi (Progetto di ricerca) e verifica dei risultati acquisiti, lettera di auto/candidatura, curriculum vitae, preparazione al colloquio di selezione", inoltre si vuole fornire una consulenza per la Preparazione ai concorsi e selezioni pubbliche attraverso: "monitoraggio bandi e selezioni, piani e programmi, gestione della promozione, indirizzo alle strutture di categoria per aspetti formativi".

[439] *Per un orientamento della Cgil,* cit., inoltre viene previsto che: "Sul sito del Sistema Servizi (in fase di costruzione) sarà fruibile, da tutti coloro che vi si collegheranno registrandosi, un elenco nazionale dei centri per l'impiego con le relative banche dati delle domande di lavoro disponibili e l'elenco nazionale delle opportunità di formazione. Tale servizio verrà fornito gratuitamente a tutte le strutture che erogheranno il Servizio Orientamento Lavoro della Cgil dal Sistema Servizi Nazionale".

[440] *Per un orientamento della Cgil,* cit., dove si sottolinea sul punto inoltre come sarebbe utile redigere tali accordi con il coinvolgimento anche delle altre sigle sindacali.

tutto o in parte dallo Stato o da altri soggetti pubblici[441]. Ciò si sviluppa nella prospettiva oggi più che mai attuale della sussidiarietà, per cui i privati sono chiamati a svolgere variegate funzioni e lo Stato interviene soltanto in via appunto sussidiaria, allorché ritiene che i privati non riescano più a intervenire adeguatamente[442].

Gli esempi esistono già nell'attuale quadro normativo, come con riguardo alla particolare disciplina dei contratti di solidarietà nel settore artigiano[443], in cui viene previsto un contributo pubblico per i lavoratori che percepiscono metà del contributo dagli enti bilaterali[444]. Si vuol dire che quel ruolo di supplenza rispetto al mancante o insufficiente intervento pubblico già caratterizzante la funzione degli enti bilaterali in alcuni settori elettivi e storici come l'artigianato e l'edilizia può trovare nuove e più ampie strade da percorrere[445]. Sembra profilarsi una possibile evoluzione verso sistemi simili a quello del Gand (o Gent), il modello belga diffuso dall'inizio del secolo scorso di autogestione dei sussidi di disoccupazione, in cui il sindacato è direttamente coinvolto nella gestione dell'assicurazione contro i rischi del mercato del lavoro, attraverso la raccolta e l'amministrazione dei contributi[446].

Che poi la rimodulazione dell'indennità di disoccupazione rappresenti il perno su cui costruire il nuovo assetto degli ammortizzatori sociali trova conferma di recente anche nelle indicazioni del Governatore della Banca d'Italia Draghi per cui "In un'epoca in cui il sistema economico deve compiere rapide riallocazioni nel mutato scenario competitivo, si deve tutelare il lavoratore piuttosto che il posto di lavoro, assicurandogli – nel rispetto delle compatibilità di bilancio – una indennità di disoccupazione dignitosa e non distorsiva e concrete opportunità di formazione e riorientamento"[447], secondo una linea che, già tracciata in generale anche dal Presidente di Confindustria Montezemolo[448], trova pieno riscontro nelle indicazioni formulate dalla Commissione nell'ambito del nuovo corso della Strategia di Lisbona[449].

Come si è potuto notare gli strumenti per il sindacato si rivelano variegati e complessi e i campi d'azione sono in progressiva dilatazione, tanto da esigere nuove e diffuse attenzioni.

---

441 Cfr. G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl*., 2002, 25.

442 La prospettiva della sussidiarietà interessa sempre più anche il nostro ordinamento giuslavoristico, e in particolare anche si riflette sugli equilibri dell'azione sindacale. In questa sede ci si deve limitare al rinvio a M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà,* in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti A.I.D.La.S.S. 2001, Milano, 2002, 486-487; M. DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Giorn dir. lav. rel. ind*., 2002, 522; P. TULLINI, *Breve storia delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav*., 2005, 164 ss.

443 Si tratta del sistema delineato dalla l. n. 236 del 1993.

444 Cfr. C. CESTER, *Il futuro degli enti bilaterali,* cit., 213; P. VARESI, *Azione sindacale*, cit., 231.

445 V., da ultimi, F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Collana ADAPT – Fondazione "Marco Biagi", n. 2, Milano, 650 ss.; G. SPOLVERATO, *Enti bilaterali e Casse di assistenza integrativa*, in *Dir. prat. lav*., n. 10 del 2006, inserto.

446 G. FONTANA, *Enti bilaterali,* cit., 318.

447 M. DRAGHI, *Considerazioni finali all'Assemblea generale ordinaria dei partecipanti*, Roma, 31 maggio 2006.

448 L. C. di MONTEZEMOLO, *Intervento* all'Assemblea di Confindustria del 26 maggio 2006.

449 V., da ultimo, CONSIGLIO e COMMISSIONE EUROPEA, *Rapporto congiunto 2005/2006 sull'occupazione. Posti di lavoro più numerosi e di migliore qualità: Realizzare le priorità della strategia europea per l'occupazione*, Bruxelles, 14 marzo 2006, 7347/06, in cui si invitano gli Stati membri (p. 16) a "predisporre regimi di sicurezza sociale moderni, per garantire a ciascun lavoratore un'assistenza adeguata durante i periodi di assenza dal mercato del lavoro e per facilitare la mobilità e le transizioni su tale mercato".

Ciononostante non si può non tener conto che ogni novità ovvero ogni nuova prospettiva, soprattutto nel quadro politico-sindacale, induce come contraccolpo ritrosie fino alle levate di scudi, ma se il nostro tempo è così ricco di mutate problematiche e di nuove tensioni, ampliare gli strumenti atti a offrirne risposta risulta operazione complessa e faticosa, ma non per questo da evitare.

Non si può in definitiva non auspicare quel "progetto di ripensamento inclusivo delle proprie strutture di organizzazione, di rappresentanza e delle stesse strategie e logiche di azione" che Bruno Caruso legge come prospettiva virtuosa del sindacalismo italiano di fronte al virus della postdemocrazia sindacale[450].

[450] B. CARUSO, *Verso un insolito (evitabile?) destino*, cit., 23.

Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*

Valerio Speziale

1. Introduzione 140

2. L'articolazione della fattispecie contrattuale nel diritto civile: contratto tipico, contratto atipico, sottotipo contrattuale 141

3. Il problema dei contratti di lavoro c.d. speciali nell'impostazione tradizionale 144

3.1. Le critiche alla teoria tradizionale: l'impostazione che distingue tra tipo e sottotipi 145

3.2. Le critiche alla teoria tradizionale: il dibattito sull'individuazione di un "prototipo normativo" 146

3.3. Il dibattito sulla possibilità di individuare una fattispecie minima unitaria di lavoro subordinato 147

4. Contratti di lavoro c.d. atipici e flessibili 150

5. L'evoluzione più recente della disciplina legislativa 151

6. Il "superamento" del dibattito teorico e le tecniche di coordinamento tra discipline diverse del lavoro subordinato 154

7. I contratti atipici come modelli negoziali flessibili alternativi al rapporto di lavoro standard 163

8. L'incremento delle tipologie contrattuali, gli effetti sul sistema del diritto del lavoro e la necessità di una diversa regolazione in materia 170

9. Il "lavoro" ed i "lavori" subordinati e l'art. 2094 cod. civ. 180

10. Dal lavoro ai lavori: il dibattito sulla riforma della fattispecie e lo statuto dei lavori 183

11. Riferimenti bibliografici 188

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 51/2007

1. Introduzione

Negli ultimi anni il rapporto di lavoro subordinato si è arricchito di tipologie contrattuali che si sono aggiunte alle numerose già esistenti. Il quadro complessivo è piuttosto articolato anche in considerazione delle forti differenze nelle discipline ed a volte nelle strutture dei diversi "modelli" di subordinazione. La nuova proliferazione di contratti di lavoro pone problemi interpretativi assai delicati.

Questo saggio si propone in primo luogo di descrivere il dibattito sulla qualificazione di questi contratti nell'ambito di categorie in parte mutuate dal diritto civile ("tipo", "sottotipo", ecc.) e di analizzare se e in che misura queste varie interpretazioni hanno un'influenza sul piano pratico. L'analisi é poi diretta a verificare le caratteristiche delle tecniche di coordinamento tra la disciplina generale del rapporto di lavoro, prevista dal codice civile e dalle leggi speciali, e le varie normative che regolano i contratti diversi da quello nell'impresa. L'articolazione tipologica, inoltre, viene valutata nell'ambito del problema dei contratti "flessibili" e delle esigenze derivanti dai profondi mutamenti economici ed organizzativi che hanno interessato il mercato del lavoro, senza dimenticare, peraltro, l'influenza che sul tema ha esercitato il dibattito sulla "rigidità" del fattore lavoro e sulla sua correlazione con l'incremento dei livelli occupazionali.

L'idea di garantire alle imprese una varietà assai ampia di contratti - alcuni dei quali, tra l'altro, poco (o per nulla) utilizzati – per "flessibilizzare" un sistema ritenuto eccessivamente rigido ha determinato una situazione di vera e propria alterazione funzionale dei modelli contrattuali che, oltre ad essere in numero eccessivo, vengono usati per ragioni molto diverse da quelle che sono le loro finalità originarie. In tale contesto, vengono quindi avanzate delle proposte che, oltre a semplificare il sistema, sono dirette a restituire le varie tipologie ad una funzione che sia coerente con la loro struttura e con le stesse esigenze del sistema economico, in base anche ai dati ricavabili dalle numerose indagini empiriche sul mercato del lavoro italiano. Inoltre si analizza il problema di come garantire tutele generalizzate e di base per tutti i contratti, allo scopo di non negare la funzione di specializzazione normativa propria di ciascuno di essi, ma per evitare una possibile competizione "interna" basata sulla "debolezza" degli statuti protettivi.

Infine si esamina l'influenza che questi nuovi rapporti esercitano sulla nozione di subordinazione prevista dall'articolo 2094 del codice civile. In questo caso si tratta di comprendere se le nuove tipologie, che introducono caratteri spesso dissonanti con il modello di rapporto di lavoro delineato dalla norma del codice civile, siano tali da imporre diverse nozioni di subordinazione o se l'articolo 2094 sia ancora in grado di svolgere una funzione di identificazione del "tipo" lavoro subordinato.

L'ultimo paragrafo è diretto ad analizzare il dibattito sulle proposte di riforma che in vario modo tendono a superare l'attuale situazione, per introdurre nuove definizioni del contratto di lavoro subordinato (capaci, nelle intenzioni dei loro autori, di cogliere le nuove forme in cui si esprime l'attività lavorativa) o per prevedere una vera e propria "graduazione delle tutele", che si muovono dal lavoro autonomo, a quello coordinato (od in "dipendenza economica"), sino alla subordinazione vera e propria. In tale ambito esprimo la mia preferenza per un'ipotesi di riforma meno ambiziosa e che, pur partendo dall'abrogazione del lavoro a progetto, introduca una specifica disciplina delle forme di lavoro che si collocano nella "zona grigia" tra subordinazione ed autonomia, senza necessità di modifiche più radicali dell'intero sistema del diritto del lavoro.

La complessità delle questioni affrontate che, oltre ai profili giuridici, coinvolge anche temi economici, non mi ha forse consentito di approfondire tutte le problematiche coinvolte. L'obiettivo, peraltro, è quello di fornire spunti di discussione, cercando di spostare l'attenzione su alcuni aspetti che non sempre sono stati sufficientemente analizzati.

2. L'articolazione della fattispecie contrattuale nel diritto civile: contratto tipico, contratto atipico, sottotipo contrattuale

Il titolo del paragrafo allude alla presenza nel nostro ordinamento di una gamma di contratti di lavoro subordinato molto ampia, forse - come si dirà nel prosieguo - addirittura sovrabbondante rispetto alle effettive esigenze del mercato del lavoro. Locuzioni quali contratti (o rapporti) di lavoro "speciali", "atipici" o "flessibili" sono ormai di utilizzo comune sia nel linguaggio tecnico giuridico, sia, in qualche misura, nel linguaggio extragiuridico. Per esaminare più approfonditamente queste categorie di contratti e rapporti di lavoro e tentare di condurre una loro analisi in termini unitari, occorre anzitutto, nel rispetto dell'ispirazione complessiva del presente lavoro, effettuare una sintetica ricognizione dell'elaborazione in tema di articolazione della fattispecie contrattuale nel diritto civile.

Il codice civile del 1942 distingue infatti una disciplina dei contratti in generale (titolo II del libro IV) dalla disciplina dei singoli contratti (titolo III del libro IV). Nel classificare "i contratti in funzione di definizione della disciplina applicabile", il legislatore del codice, come conferma anche la relativa Relazione del Re al Guardasigilli, si serve della nozione di tipo contrattuale[451]. Si tratta di una definizione problematica, che presenta molteplici profili ancora oggetto di discussione: ai nostri fini è sufficiente ricordare brevemente che è patrimonio ormai condiviso l'affermazione secondo cui, in via ordinaria, le fattispecie contrattuali originano "dalla prassi del diritto degli affari e dei commerci e, dopo una successiva elaborazione ed affinamento, anche ad opera della giurisprudenza (c.d. tipicità giurisprudenziale), il tipo, ormai radicato nel tessuto economico (c.d. tipicità sociale), viene individuato sul piano del tessuto normativo"[452]. A questo punto si può parlare di tipo legale, o di contratto tipico o nominato, che "altro non è se non un astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale"[453].

Viene in rilievo, a questo punto, la libertà che il codice civile, precisamente l'art. 1322, riconosce alle parti di "determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge" e di "concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

---

[451] Gabrielli 1999, 1, evidenzia come si tratti di una nozione che, unitamente a quella di tipicità, è menzionata nella Relazione del Guardasigilli al Re sul codice civile ed è utilizzata "con frequenza nel tessuto normativo del codice […] sia quando ne opera un impiego diretto, mediante l'esplicazione del termine; sia quando si riferisce a nozioni (quali quella di «natura del contratto», art. 1369 c.c.) che ne rappresentano sinonimi; sia quando si serve della classificazione dei contratti in funzione di definizione della disciplina applicabile".

[452] *Ibidem*.

[453] Gazzoni 1998, 763.

Questa disposizione del codice civile radica la possibilità di concludere contratti "atipici" e quella tra contratti tipici e atipici costituisce in effetti la partizione fondamentale dei contratti[454]. Qui il problema attiene ai limiti entro cui le parti possono porre in essere contratti atipici e, quindi, al relativo controllo operato dal giudice. Al riguardo, per alcune categorie di contratti, il legislatore proibisce ai privati di porre in essere contratti atipici, per ragioni varie. In questo senso il "tipo (inteso come schema legale) […] assume un ruolo ben preciso, in quanto è collegato con il controllo giudiziale degli interessi meritevoli di tutela: controllo che sarà più penetrante di fronte ad un contratto atipico, e meno rilevante di fronte ad un contratto rientrante nel tipo legale, come tale già approvato dall'ordinamento nel momento in cui esso ha fatto ingresso nel codice civile o nella legislazione speciale"[455].

Ma la giurisprudenza non si limita a controllare la meritevolezza dell'interesse che il contratto atipico sia rivolto a soddisfare. Essa infatti finisce con il ricondurre sempre e comunque i contratti che sorgono nella prassi degli affari a tipi legali, e ciò ad un duplice fine: controllare l'operazione economica, ossia la meritevolezza dell'interesse che le parti vogliono perseguire, e completare la disciplina del contratto che le parti abbiano lasciato lacunoso[456].

Ai fini del discorso è sufficiente rilevare che per contratti atipici nel diritto civile si intendono quelli che non hanno una disciplina legislativa specifica (o, secondo una concezione più ampia, non sono neppure oggetto di tipicità sociale)[457].

Interessante, in una certa misura, è anche rilevare che, in estrema sintesi, nell'impostazione tradizionale la distinzione dei contratti per "tipi" viene fondata sull'elemento della causa, intesa, secondo l'insegnamento di Betti, come funzione economico-sociale[458]. A questa prospettiva, che fonda su un unico parametro l'individuazione dei differenti tipi contrattuali, si è contrapposto in tempi più recenti il richiamo da parte di una certa dottrina al metodo c.d. tipologico, che fonda la distinzione tra i tipi sulla base di una molteplicità di criteri, quali, esemplificativamente, il modo di perfezionarsi del contratto, la natura del bene che ne è oggetto, il fattore tempo, il suo contenuto, la qualità delle parti[459].

Una ulteriore variante del metodo tipologico classico è quella cosiddetta funzionale, in base alla quale il tipo non viene identificato soltanto in correlazione alla presenza o assenza di alcuni elementi qualificanti o al grado più o meno accentuato di identità tra essi esistente, ma in rapporto

---

454 Cfr. Gazzoni 1998, 786 e Gabrielli 1997, 705.

455 Alpa 1999, 519.

456 Alpa 1999, 520. Come messo in luce nella nota elaborazione di Sacco 1966, la giurisprudenza italiana tende, attraverso una molteplicità di tecniche, a ricondurre qualsiasi contratto nell'ambito delle discipline previste per i contratti tipici.

457 Ferri 1966, 241.

458 È la tradizionale teoria di Betti: su di essa, e sul dibattito ricco di posizioni diverse intorno alla nozione di causa, cfr. Alpa 1999, 491-492. Peraltro, da tempo si oppone a quella posizione tradizionale una diversa opinione che rileva come proprio l'art. 1322 non instauri una necessaria simmetria tra interesse realizzabile mediante il contratto e contratti tipici, giacché la norma consente alle parti di introdurre nello schema tipico la realizzazione di interessi nuovi e diversi, così attribuendogli una funzione innovativa, oppure di creare tipi radicalmente nuovi. Secondo questa impostazione, la causa sarebbe quindi la funzione economico-individuale del contratto "in quanto riguarda una operazione che esprime esigenze ed interessi di uno o più individui" (Ferri 1966, 256).

459 De Nova 1974, 111.

al fatto che essi, anche se diversi, risultino non coordinati tra loro in modo da svolgere la medesima funzione e si pongano, dunque, in relazione di "equivalenza"[460].

Molto interessante è anche l'elaborazione della dottrina sull'articolazione all'interno del tipo contrattuale e, quindi, sulla definizione di sottotipo. Sennonché la nozione di sottotipo "pur rivestendo un ruolo di primario rilievo nella teoria generale del contratto, risulta tuttavia scarsamente elaborata in dottrina"[461]. Anzi, a ben vedere, i (pochi) studi più approfonditi su questo tema sono stati compiuti proprio in relazione al contratto di lavoro subordinato.

Il tentativo di individuare il sottotipo è stato effettuato prendendo spunto da un'autorevole interpretazione, secondo la quale i singoli tipi giuridici corrispondono "a fattispecie e situazioni generiche, secondo una classificazione degli atti quale risulta dall'esperienza; i singoli tipi si prestano poi ad una progressiva specificazione mediante l'aggiunta ai requisiti ed agli effetti tipici di requisiti ed effetti extratipici [e] aggiungendo ai requisiti e agli effetti tipici requisiti ed effetti extratipici si formano sottotipi di situazioni o di fatti"[462]. Il riferimento ai "requisiti extratipici" è stato ritenuto idoneo in considerazione della necessità di ricomprendere tutte le ipotesi prospettabili. Esso, quindi, "vale a rendere adeguatamente il concetto che si ha sottotipo solo quando vi sia una caratterizzazione determinata dall'introduzione di un elemento non contemplato come essenziale nello schema del contratto"[463].

Così impostato il discorso, si richiede ovviamente che il tipo contrattuale abbia "un grado di elasticità maggiore di quello del sottotipo"[464], di modo che il primo debba essere in grado di contenere il secondo[465]. In altri termini, nel sottotipo "permangono aspetti essenziali del tipo, integrati da altri elementi che la legge considera e disciplina nella configurazione di un siffatto negozio. Che corrisponde allora, ad essere più precisi, pur sempre ad un tipo, ma come dire di rango subordinato (e dunque, per la parte non contemplata, sottoposto alla stessa disciplina del tipo principale)"[466]. Lo schema del sottotipo, quindi, deve presentare tutti gli elementi indispensabili per configurare il tipo con l'aggiunta di qualche elemento caratterizzante ulteriore.

Quando si tratti di qualificare una fattispecie concreta, occorre distinguere le mere variazioni dello schema legale dalle vere e proprie alterazioni: quando le modificazioni dello schema tipico, infatti, "non assumano un'entità tale da produrre una vera e propria alterazione causale dell'atto di autonomia, esse saranno compatibili con l'originario schema tipico e non determineranno, di conseguenza, una deroga alla sua disciplina"[467]. D'altro canto, vi è anche un limite superiore, oltre il quale l'alterazione dello schema tipico conduce ad un suo superamento: questo limite si evince "con riferimento al significato dell'operazione economica espressa dal contratto tipico"[468]. Le alterazioni saranno compatibili col tipo fintanto che gli interessi ulteriori perseguiti dalle parti abbiano carattere di complementarietà rispetto all'interesse principale.

---

460 Beduschi 1986, 358 ss. (in particolare 359).
461 Gabrielli 1999, 10.
462 Carnelutti 1951, 232.
463 Cataudella 1998, 80.
464 Gabrielli 1999, 10.
465 Cataudella 1998, 80, secondo il quale "l'ambito del primo non può non abbracciare il secondo".
466 Scognamiglio 1977, 40.
467 Gabrielli 1999, 11.
468 Bianca 1984, 445.

3. Il problema dei contratti di lavoro c.d. speciali nell'impostazione tradizionale

Da quanto detto emerge chiaramente come le locuzioni di contratti speciali, flessibili e atipici assumono significati peculiari nel diritto del lavoro.

Il libro V del codice civile del 1942 disciplina nel titolo II il lavoro nell'impresa, nel titolo III il lavoro autonomo e nel titolo IV il "lavoro subordinato in particolari rapporti". Il titolo IV si compone di due capi: il capo II contiene la disciplina del lavoro domestico; il capo I è composto da una sola disposizione, l'art. 2239, secondo la quale i rapporti di lavoro subordinato "che non sono inerenti all'esercizio di un'impresa" sono regolati dalle disposizioni del titolo I relativo al lavoro subordinato nell'impresa, "in quanto compatibili con la specialità del rapporto". Con tecnica analoga altre norme sanciscono l'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato nell'impresa rispettivamente al tirocinio (art. 2134) e al lavoro a domicilio (art. 2128), facendo sempre salvo il limite della compatibilità con la specialità del rapporto.

Il codice civile, quindi, stigmatizza l'esistenza di un modello "generale", il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa: per espressa disposizione del codice civile, a tale modello occorre fare riferimento per la disciplina dei rapporti di lavoro speciali, nel rispetto del limite della compatibilità.

Una parte della dottrina ha tentato di elaborare, sulla scorta dell'art. 2239, la categoria dei contratti di lavoro speciali, includendovi "tutti quei rapporti che, per vari motivi, si caratterizzino per avere degli elementi strutturali ritenuti idonei per differenziarli dal «normale» rapporto di lavoro", e si è aggiunto che essi avrebbero caratteristiche "sufficienti a considerarli speciali" ma tuttavia "non tali da alterare radicalmente gli elementi essenziali riconoscibili di ogni rapporto di lavoro subordinato"[469]. In base a questa impostazione, quella dottrina individuava tre gruppi di contratti speciali: nel primo gruppo di contratti, ritenuti speciali in relazione all'oggetto della prestazione, venivano compresi il rapporto di apprendistato, il rapporto di formazione e lavoro e il rapporto di lavoro in prova. Al secondo gruppo di contratti, nei quali la specialità veniva individuata nella particolare posizione del lavoratore, erano ricondotti il lavoro domestico, il rapporto di portierato, il rapporto di lavoro artistico e il rapporto di lavoro sportivo. Infine, al terzo gruppo di rapporti di lavoro speciali, a causa della disciplina almeno in parte di fonte pubblicistica, appartenevano il rapporto di arruolamento marittimo ed aeronautico, il rapporto di lavoro portuale, il rapporto di lavoro degli autoferrotranviari e internavigatori e quello degli esattoriali.

Secondo una ulteriore impostazione[470], occorrerebbe distinguere i rapporti di lavoro in base alla natura del soggetto che utilizza la prestazione lavorativa. In questo senso si individuano tre tipologie di contratti di lavoro: quelli propri dell'impresa, ossia a ben vedere la maggior parte dei rapporti di lavoro qualificati come speciali dalla dottrina più risalente. Quelli che prescindono dalla ricorrenza di un'impresa, quali il rapporto di lavoro nautico e aeronautico, il rapporto degli esattoriali e quello degli sportivi, poiché in tutte queste ipotesi il datore di lavoro non deve necessariamente essere titolare di un'impresa. Infine i rapporti di lavoro domestico e il portierato

---

469 Per una esposizione di sintesi cfr. Tosi 1991, 1. Si veda anche Balzarini 1958.

470 Scognamiglio 1988.

andrebbero a costituire la categoria dei rapporti di lavoro che non sono inerenti all'esercizio di un'impresa.

3.1. Le critiche alla teoria tradizionale: l'impostazione che distingue tra tipo e sottotipi

Il primo tentativo di analisi che ha fortemente messo in dubbio la classificazione tradizionale, ritenuta fonte di incertezze[471], è stato quello operato da Cataudella. Secondo questo autore, individuare i contratti speciali in base all'esistenza di una disciplina particolare rende incerti i confini della categoria[472]. Partendo dalla intuizione di Carnelutti (si veda il § 2), si tenta di dare alla materia una sistemazione più adeguata, in termini di rapporti tra tipo e sottotipo contrattuale. In questo senso, si avrà sottotipo ogni qual volta ci si troverà di fronte ad una qualificazione o specificazione di qualcuno dei requisiti propri del tipo, ovvero anche all'introduzione di requisiti diversi.

Cataudella si muove nell'ottica tradizionale, secondo la quale è la causa - intesa come funzione economico sociale - che identifica il tipo Nel contratto previsto dall'art. 2094 c.c. è la subordinazione l'elemento tipizzante, anche se questo concetto non va inteso in maniera univoca, ma va considerato con "graduazioni intermedie". Ad ogni modo, per poter configurare un sottotipo, si dovrà accertare "l'esistenza dell'elemento della subordinazione nonché di note ulteriori che valgano a caratterizzarlo rispetto allo schema generale", con una avvertenza importante poiché nel caso del contratto di lavoro subordinato non vi è "corrispondenza tra fattispecie contemplata ai fini dell'applicazione della c.d. disciplina generale e schema del tipo"[473]. La sistematica del codice, ed in particolare l'esame degli articoli 2128 e 2239, dimostra che il tipo lavoro subordinato ha una portata più ampia di quello realizzato nell'impresa[474]. In altri termini, il lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. costituirebbe un sottotipo caratterizzato dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione interna dell'imprenditore. Esso, però, rappresenta il tipo sociologicamente più importante cui si è ispirato il legislatore nel "disciplinare il rapporto di lavoro e perciò si colloca, come tipo sociale normativo, in posizione di maggior rilievo che non gli altri sottotipi rispetto al tipo formale o legale"[475].

In definitiva, alla stregua di questa prospettazione, soltanto l'apprendistato ed il contratto di formazione e lavoro potrebbero essere qualificati come sottotipi del contratto di lavoro subordinato, e dunque speciali, in quanto connotati da un ulteriore elemento caratterizzante

---

[471] Per esempio, non vi era unanimità sulla inclusione o meno nel novero dei contratti speciali del lavoro giornalistico: cfr. Cataudella 1998, 140 nota 3.

[472] Infatti, tenere conto della specialità della disciplina, in un campo come il diritto del lavoro, particolarmente vasto e articolato a causa della necessità di considerare differenti situazioni, costringe "a far capo a criteri quantitativi la cui attendibilità è inficiata dall'elevato grado di arbitrarietà che ne caratterizza la adozione" (Cataudella 1998, 141).

[473] Cataudella 1998, 145.

[474] "Il tipo contratto di lavoro subordinato abbraccia tutte le ipotesi di prestazione subordinata di attività lavorativa contro corrispettivo ed è, pertanto, più ampio di quello che sarebbe dato dedurre dalla formulazione dell'art. 2094 [...]. La dichiarata applicabilità delle norme dettate per il lavoro all'interno dell'impresa anche al lavoro non prestato all'interno dell'impresa (art. 2128) ed a quello non inerente all'impresa (art. 2239) conferma che la prestazione dell'attività lavorativa per l'impresa e nell'impresa non caratterizza il tipo" (Cataudella 1998, 146). Aderiscono sostanzialmente a questa impostazione anche Loy 1989 (sul quale vedi *infra* nel testo) e Grandi 1989, 80.

[475] Cataudella 1998, 147.

(l'addestramento)[476]. Gli altri contratti definiti speciali dalla dottrina tradizionale, invece, non presenterebbero modificazioni della causa tipica.

3.2. Le critiche alla teoria tradizionale: il dibattito sull'individuazione di un "prototipo normativo"

La seconda critica alla impostazione tradizionale rileva che essa, elevando a rapporti speciali di lavoro tutti quelli "la cui disciplina si discosta o diverge da quella del prototipo in ragione di qualche peculiarità del rispettivo referente empirico", finisce con il fornire una nozione di specialità che "soffre di un'eccedenza di significati" ed è destinata "a restare più descrittiva che definitoria" e non "utilizzabile né come categoria concettuale né come strumento operativo"[477].

Peraltro, se non è sufficiente una peculiarità di disciplina, neppure sembra soddisfacente il riferimento a quelle sole particolarità di regolazione che alterino lo schema causale, come sostenuto da Cataudella. Piuttosto, "può dirsi che un rapporto di lavoro è speciale allorché la sua disciplina risulti difforme dal prototipo rispetto a quelli che, in base all'esperienza giuridica, sono gli elementi essenziali del medesimo"[478]. Ne deriverebbe che "il predicato della specialità inerisce ai soli rapporti di lavoro che presentano un tasso di disapplicazione delle norme corrispondenti agli elementi essenziali del prototipo tanto elevato da dare vita ad una distinta e relativamente autonoma disciplina, rispetto alla quale la disciplina del prototipo ha carattere residuale in quanto si applica purché compatibile e/o non derogata"[479]. In questo modo, comunque, si avrebbe una categoria dei rapporti speciali vastissima, che comprenderebbe anche il lavoro dirigenziale e quello a termine[480].

A quest'ultima impostazione è stato rimproverato di "allargare la categoria dei rapporti di lavoro speciali fino a farle perdere unità concettuale"[481]. Tra l'altro, vi sarebbero errori anche in relazione al rapporto tra disciplina generale e speciale in determinati contratti[482]. L'errore di fondo, peraltro, consisterebbe nel tentativo, destinato al fallimento, di "ridefinire lo standard di trattamento della subordinazione in corrispondenza ai più elevati livelli di tutela introdotti dalla legislazione speciale, operando una sorta di 'sostituzione del contenuto' nell'intenzione del legislatore del

---

[476] "(…) dalla prevalenza dell'elemento della retribuzione discende l'inquadramento della fattispecie nello schema del contratto di lavoro subordinato. La presenza dell'obbligo di addestramento adduce, peraltro, un elemento caratterizzante rispetto allo schema generale e rende il tirocinio normativamente qualificato come rapporto speciale, come sottotipo" (Cataudella 1998, 148).

[477] Tutte le citazioni da Ghezzi, Romagnoli 1987, 36.

[478] Ghezzi, Romagnoli 1987, 38. Tali elementi sono i seguenti: lavoratore adulto, retribuito per eseguire la prestazione a cui è contrattualmente obbligato, in condizioni che lo rendono un produttore deresponsabilizzato, alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, almeno potenzialmente, per tutta la vita, all'interno di una impresa terrestre di dimensioni medio-grandi, legittimata ad operare economicamente solo in base all'art. 41, c. 1, Cost., "senza ulteriori additivi legali".

[479] *Ibidem*.

[480] In base a questa teoria i rapporti speciali sarebbero tali da includere almeno una dozzina di figure esponenziali di maggior spicco, tra cui, oltre ai rapporti già individuati dalla teoria tradizionale e quelli indicati nel testo, anche il lavoro nelle organizzazioni di tendenza e quello nell'impresa minore.

[481] Essa, infatti, diventerebbe "una semplice formula riassuntiva dei rapporti oggetto di una tutela in varia misura inferiore allo standard" (Mengoni 1986, 12).

[482] Al lavoro dirigenziale e al lavoro nell'impresa minore, "la disciplina-standard è applicabile non nei limiti della compatibilità (valutata del giudice) con la specialità del rapporto, bensì nei limiti tassativamente indicati dalla legge mediante disposizione formale di inapplicabilità di certe norme […]. La fattispecie del rapporto a tempo determinato è speciale non per difetto di un elemento del prototipo normativo, caratterizzato dalla legge n. 230 come rapporto a tempo indeterminato, ma per aggiunzione dell'elemento del termine. In breve, il contratto a termine è speciale nel senso che è un sottotipo" (Mengoni 1986, 13).

1942"[483]. Infatti, sarebbe solo la normativa collegata all'art. 2094 c.c., come integrata o modificata da leggi successive aventi il medesimo campo di applicazione, a rappresentare lo standard di trattamento della subordinazione, che, dopo la legislazione prodotta successivamente al codice, non rappresenta più il livello massimo di intervento protettivo ma solo un livello intermedio. Poi vi sono i rapporti speciali (dove la disciplina generale è applicabile solo nei limiti della compatibilità), mentre vi sono altri contratti, dotati di tutela più intensa, che non possono dirsi speciali nel senso del codice civile, ma sono riconducibili all'art. 2094 "e il *plus* di protezione di cui godono dipende da variabili (natura delle mansioni o dimensione dell'organizzazione di lavoro in cui il prestatore è inserito) sfornite di rilevanza tipizzante"[484].

Da un altro punto di vista si è osservato che il riferimento alle discipline applicabili non può assurgere "a schema classificatorio con solide basi […] soprattutto perché non è facilmente definibile la rilevanza o la quantità della deviazione del tipo"[485]. In questo senso, la proposta di individuare un prototipo normativo pecca laddove va riconosciuto che il suo identikit è opinabile. Offrirebbe invece maggiori garanzie la teoria dei sottotipi. L'adesione a questa impostazione comporta che sia individuato un tipo capace di contenere la disciplina generale che si applica a tutti i sottotipi, senza eccezione, e che costituirebbe una fattispecie minima unitaria del lavoro subordinato[486]. Inoltre, "l'esistenza di corpi di disciplina 'speciale' non comporta necessariamente l'esistenza di rapporti speciali o sottotipi, ma si colloca su un piano diverso. Non di *rapporti speciali* deve parlarsi bensì di *discipline speciali*"[487]. La differenza sarebbe notevole: le discipline dei rapporti speciali, in quanto determinano una deviazione funzionale, non possono essere applicate al di fuori del sottotipo; le discipline speciali, invece, "in quanto non sono determinate da un'alterazione funzionale, ma solo dalla sussistenza di una mera particolarità della fattispecie (l'età, la durata, il luogo, ecc.), sono tendenzialmente destinate ad operare dovunque e quando si verifica la particolarità, anche travalicando le barriere dei sottotipi"[488].

3.3. Il dibattito sulla possibilità di individuare una fattispecie minima unitaria di lavoro subordinato

Una ulteriore critica accomuna la teoria tradizionale, che distingue tra rapporto di lavoro normale e rapporti di lavoro speciali, a quella che utilizza le categorie generali del tipo e del sottotipo, ritenendo che entrambe si basino su "presupposti fortemente discutibili e pertanto con forti dosi di arbitrarietà"[489]. Piuttosto, per evitare di introdurre dati aprioristici, occorrerebbe riconoscere che si è in presenza di un'articolazione tipologica soltanto quando esiste nell'ordinamento "un

---

[483] *Ibidem*.

[484] Mengoni 1986, 14.

[485] Loy 1989, 53.

[486] Questa fattispecie unitaria, in quanto tipo generale, da un lato "determina il minimo di disciplina comune applicabile a tutti i sottotipi, per altro verso è anche il «contenitore» massimo possibile di tutta l'ampia gamma di disciplina prevista per i diversi sottotipi" (Loy 1989, 61).

[487] Loy 1989, 61. Questa tesi è accolta anche da Sciotti 2005, 287.

[488] Loy 1989, 61.

[489] Napoli 1996, 4.

nucleo di disciplina specifica richiamabile in via esclusiva per un determinato rapporto di lavoro"[490].

In questo senso si sostiene che la tipologia può essere determinata sul piano degli effetti, ossia della regolamentazione giuridica applicabile, e su questa base si possono individuare due grandi raggruppamenti. Il primo è basato sulla natura del datore di lavoro talvolta in combinazione con la natura della prestazione lavorativa. Caratteristica fondamentale di questo gruppo sarebbe l'esclusività della regolamentazione, giustificata dalla peculiarità dell'elemento preso in considerazione dall'ordinamento per dettare quella specifica disciplina. Il secondo gruppo si basa su modelli non esclusivi ma alternativi di regolazione del rapporto, differenziati tra loro non per la peculiarità del datore di lavoro ma per soddisfare "bisogni di flessibilità nell'uso del fattore lavoro o venire incontro a specifiche esigenze di questo"[491].

L'esame del primo gruppo di contratti condurrebbe alla conclusione per cui nell'ordinamento sussiste una pluralità di modelli di regolazione del rapporto di lavoro, che non possono essere considerati "speciali" in base alla categoria concettuale del codice civile, in quanto non sono soggetti ad un giudizio di compatibilità. In queste ipotesi la disciplina particolare non è preclusiva della normativa dettata a prescindere dalla configurazione del datore di lavoro[492]. Quindi, l'interprete dovrebbe convincersi che il rapporto di lavoro ha una caratteristica che non è possibile rinvenire in altri contratti, poiché esso può "generare rapporti retti da discipline differenziate che non mettono in discussione l'unitarietà del tipo, mentre negli altri rapporti di scambio contratto nominato e disciplina tipica (cioè legalmente posta) sono due profili di uno stesso fenomeno"[493].

A conclusioni analoghe condurrebbe l'analisi del secondo gruppo di contratti: "tutti i rapporti di lavoro regolati su determinati punti di disciplina esclusiva rinviano necessariamente, proprio perché non tutti gli aspetti sono regolati, ad una regolamentazione dettata a prescindere dalle singole specificazioni"[494]. La frammentazione regolativa, in ultima istanza, più che mettere capo alla configurazione di più tipi legali, sarebbe "una condizione strutturale del diritto del lavoro, non rinvenibile in altri contratti" e non in grado di scalfire l'unitarietà della fattispecie costitutiva dei singoli rapporti, ossia il contratto di lavoro subordinato.

In definitiva, la proposta di Mario Napoli è di leggere l'art. 2094 c.c. in chiave unitaria. Dalla disciplina vigente è desumibile uno schema elementare di contratto di lavoro subordinato[495]. Questo schema "prescinde da un contenuto di regolazione unitaria (salvi gli effetti necessari sul piano previdenziale, fiscale, processuale, e del riconoscimento dei diritti collettivi elementari, libertà

---

[490] In questi casi "l'interprete…. è autorizzato dall'ordinamento stesso a prendere atto dell'esistenza di una pluralità di rapporti di lavoro tutte le volte in cui l'ordinamento differenzia in misura più o meno accentuata un determinato rapporto di lavoro rispetto agli altri" (Napoli 1996, 5).

[491] *Ibidem*.

[492] "In nessun caso esaminato, nemmeno nel contratto di arruolamento o nel lavoro sportivo, è applicabile soltanto la disciplina esclusiva" (Napoli 1996, 16).

[493] *Ibidem*.

[494] Napoli 1996, 26.

[495] "È lavoratore subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a eseguire personalmente e continuativamente (durevolmente) un'attività professionale (a esplicare la propria attività professionale in relazione alle mansioni convenute) nell'organizzazione predisposta e diretta dal datore di lavoro" (Napoli 1996, 62).

sindacale e diritto di sciopero), poiché esso si incarna necessariamente in modelli di regolazione variabili in funzione di elementi ulteriori che di volta in volta vengono in considerazione"[496].

La teoria di Napoli non esaurisce il novero dei tentativi di individuare una nozione unitaria del lavoro subordinato.

Questi tentativi incontrano la critica di chi ritiene che pur non essendo possibile "elaborare una nozione del lavoro subordinato unitaria, suscettibile di assurgere al ruolo di tipo legale onnicomprensivo, è però possibile configurare quella nozione come un insieme articolato di tipi legali distinti e individuare i diversi criteri di qualificazione di volta in volta applicabili"[497]. In questa prospettiva, sarebbero rinvenibili alcune figure contrattuali – come il lavoro a domicilio, il lavoro sportivo e il lavoro domestico – in grado di assurgere a tipi contrattuali, e ciò in quanto essi non potrebbero essere ricondotti né alla grande area del lavoro autonomo né a quella del lavoro subordinato[498]. Le prospettive unitarie sconterebbero un prezzo inaccettabile, quello di obliterare l'assoggettamento pieno al potere direttivo del creditore. Pertanto, venuto meno l'elemento essenziale della eterodirezione, la figura generale del lavoro subordinato dovrebbe reggersi su due soli elementi, la dipendenza e l'inserimento, che però sono compatibili anche con il carattere autonomo della prestazione lavorativa. Non sfuggirebbe a questo esito inaccettabile neppure la tesi di Mario Napoli: la lettura data da questo autore, infatti, richiederebbe per la configurazione del lavoro subordinato non l'assoggettamento al potere direttivo della prestazione lavorativa, ma l'assoggettamento al potere dell'organizzazione aziendale e si espone, pertanto, alle considerazioni critiche già espresse[499].

Se dunque non è possibile individuare una nozione unitaria e generale rispetto alla quale il lavoro subordinato nell'impresa di cui all'art. 2094 c.c. si atteggerebbe come sottotipo, "sorge il dubbio se sia ancora opportuno ricomprendere in una categoria generale intitolata al «lavoro subordinato» i rapporti di lavoro nei quali viene meno l'elemento essenziale dell'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del creditore" oppure se non sia più logico "disattendere il *nomen* attribuito a questi rapporti dal legislatore […] per ricomprenderli nella "vasta e accogliente categoria del lavoro parasubordinato – o meglio nella ancor più vasta categoria del lavoro a carattere personale e continuativo – salvo applicare a ciascuno di essi la disciplina speciale che la legge per esso detta"[500].

Una interpretazione particolare è quella che, al fine di qualificare la subordinazione ed evitare l'applicazione indiscriminata di tutti trattamenti economici normativi a qualsiasi modello di lavoro subordinato, individua una "fattispecie generale", distinta da quelle "discrete" costituite dalle singole ipotesi previste dal codice e dalle leggi speciali (lavoro nell'impresa, tirocinio, lavoro a

---

[496] *Ibidem*.

[497] Ichino 2000, 320.

[498] "(…) in nessuno dei tratti distintivi dell'una o dell'altra fattispecie astratta può individuarsi un elemento o insieme di elementi universalmente necessari e sufficienti per la qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata" (Ichino 2000, 320).

[499] Così facendo, infatti, si torna "sostanzialmente alla nozione di «dipendenza» o a quella di «inserimento», che sappiamo essere in realtà compatibili con il carattere autonomo della prestazione" (Ichino 2000, 321, nota 120).

[500] Ichino 2000, 322-323.

domicilio ecc.) e che, basate su diverse nozioni di subordinazione, devono essere prese in considerazione per l'applicazione selettiva delle tutele[501].

4. Contratti di lavoro c.d. atipici e flessibili

La nozione di "atipicità" diffusa nel diritto del lavoro non coincide con quella propria del diritto civile. È unanimemente riconosciuta la valenza del tutto descrittiva del termine "atipico" quando riferito a contratti di lavoro[502]: questi, infatti, sono previsti e disciplinati puntualmente dalla legge, quindi sono tipici nel senso che al termine si attribuisce nel diritto civile generale.

Anzi, non è mancato chi ha fatto rilevare che "l'uso di concetti come tipo e sottotipo (e metodo tipologico), o anche rapporto speciale o contratto a causa mista" rischia di apparire "così poco controllato, da risultare molto spesso fuorviante", poiché "il fenomeno della tipizzazione del contratto di lavoro subordinato segue andamenti esattamente inversi rispetto a quelli che si registrano nel diritto dei contratti, dove il tipo contrattuale non è altro che un *modello di disciplina* […] che guida le parti al conseguimento dell'effetto giuridico voluto e consente all'interprete di integrare il programma negoziale laddove è carente, richiamando gli *effetti naturali* dello schema regolato al quale il contratto venga ricondotto.

Nel rapporto di lavoro subordinato, invece, la tipizzazione va di pari passo con lo sviluppo storico del diritto del lavoro come ordinamento protettivo e non riflette la stabilizzazione di regolarità e prassi degli affari, ma i modelli dell'intervento eteronomo sul contratto, ordinato alla tutela del lavoratore"[503]. Si propone, quindi, di adottare la formula linguistica di "tipo imposto" per designare "l'intervento dirigistico sul contratto attuato attraverso l'imputazione di effetti inderogabili e la sostituzione legale delle clausole difformi"[504], in contrapposizione alla tecnica del *tipo naturale* utilizzata dal codice civile. Nel diritto del lavoro, il legislatore avrebbe adottato la variante "forte" dell'intervento imperativo che "comporta più radicalmente la preclusione di schemi negoziali alternativi per realizzare il medesimo risultato a condizioni diverse da quelle stabilite legalmente (*tipo esclusivo*)"[505]. In questo settore del diritto, in definitiva, "i modelli di disciplina riferibili ai vari rapporti sono per definizione *necessari*" e inoltre "normalmente *esclusivi*"[506].

Altri hanno meglio precisato che, "a ragionare nei termini astratti di una ipotetica disponibilità del tipo contrattuale si dimentica la necessaria interferenza fra libertà di determinazione del tipo e libertà di determinazione del contenuto del contratto[507]. A questo punto il problema diventa però quello classico del rapporto fra autonomia privata ed effetti del contratto. In generale, si deve ricordare che gli effetti del contratto "sono riconnessi alla fattispecie dall'ordinamento e che

---

[501] Pedrazzoli 1985, 307 ss. (particolarmente 318 ss.).

[502] Cfr. Ghera 2006a, 320.

[503] D'Antona 1990, 533-534 (corsivo dell'autore).

[504] D'Antona 1990, 534.

[505] *Ibidem.*

[506] D'Antona 1990, 536 (corsivo dell'autore).

[507] "L'abilitazione alla scelta del tipo presuppone una tendenziale libertà di determinazione del contenuto ovvero, ancor meglio, una sostanziale disponibilità degli effetti scaturenti da un dato assetto di interessi contenuti in un regolamento contrattuale" (Mazzotta 1991, 495-496).

dunque lo sono a più convinta ragione nel contesto di un rapporto scandito dalla sostituzione automatica delle clausole al di sotto degli *standards* con la disciplina inderogabile"[508]. In altri termini si può discorrere di rigidità del tipo contrattuale nel senso che le parti incontrano limiti penetranti nella determinazione del contenuto del contratto, mentre la "determinazione del tipo si colloca viceversa in un momento logico successivo ed è il risultato della combinazione o composizione non tanto fra ciò che le parti hanno voluto, quanto fra ciò che le parti hanno 'potuto volere' "[509].

In definitiva, la locuzione contratti atipici di lavoro non può essere intesa alla luce dell'elaborazione degli studiosi del diritto civile. In effetti, del resto, nel diritto del lavoro la locuzione in discorso è proveniente dal linguaggio internazionale, dove il suo utilizzo è legato al fenomeno del superamento del modello tipico del lavoro a favore della diffusione di forme di attività diverse da quella standard (per disciplina o variazioni del tipo)[510]. Quindi, con il termine si individuano non soltanto le variazioni interne all'area del lavoro subordinato, ma anche quelle che si collocano all'esterno di essa, lungo il confine che la separa dall'area del lavoro autonomo, e addirittura anche le forme di lavoro irregolari e clandestine.

Un significato diverso andrebbe riconosciuto alla locuzione rapporti flessibili, con la quale, in generale, si fa riferimento "al fenomeno dell'attenuazione delle rigidità (o supposte tali) del «codice protettivo» messo a garanzia del lavoro subordinato nella sua formula tipica (art. 2094 c.c.)"[511]. E si tratta di un'area molto ampia e suscettibile di variare i suoi confini in relazione alla sensibilità ed all'orientamento dell'interprete.

5. L'evoluzione più recente della disciplina legislativa

È sufficiente scorrere la manualistica del diritto del lavoro per rendersi conto della mancanza, ancora oggi, di un'uniformità di opinione sul tema dell'articolazione della fattispecie lavoro subordinato e, in particolare, sulla configurabilità e sulla determinazione di confini certi di alcune categorie di rapporti di lavoro, quali i rapporti c.d. speciali e i rapporti c.d. atipici o flessibili.

Secondo un'impostazione - forse più vicina a quella tradizionale - "accanto al modello normativo o *tipo* contrattuale fondamentale del rapporto di lavoro subordinato" il legislatore ha previsto rapporti speciali, alcuni dei quali configurati come "veri e propri *sottotipi* del contratto di lavoro"[512]. La ragione ultima di questa articolazione sarebbe da rinvenire nel fatto che l'obiettivo della protezione del lavoratore, quale contraente debole e quale appartenente ad una categoria sociale sottoprotetta, richiede modelli di tutela differenziati in coerenza con gli interessi soddisfatti nel contratto ed in considerazione di altri elementi[513]. L'adattamento del modello di tutela

---

[508] Mazzotta 1991, 496.

[509] *Ibidem.*

[510] Grandi 1989, 79.

[511] *Ibidem*.

[512] Ghera 2006a, 255 (corsivo dell'autore).

[513] La tutela non può essere realizzata "secondo criteri di trattamento uniformi, ma richiede un adattamento […] in ragione degli interessi soddisfatti dal contratto e delle modalità concrete di scambio e di uso della prestazione di lavoro: la realtà del lavoro

spinge il legislatore ad introdurre discipline speciali. La specialità, peraltro, oltre che da ragioni di protezione del lavoratore, può essere motivata da finalità diverse, come quella di favorire la formazione professionale del lavoratore, contemperare l'esigenza di tutela con altri interessi pubblici o collettivi ritenuti di particolare rilievo o perseguire l'obiettivo di "promuovere nuova occupazione attraverso rapporti di lavoro c.d flessibili (o anche c.d. atipici), spesso caratterizzati da un'attenuazione delle tutele"[514].

In sostanza, in questa prospettiva l'analisi dell'articolazione della disciplina viene condotta distinguendo due grandi aggregati, quello dei rapporti speciali e quello dei rapporti di lavoro c.d. atipici o flessibili. Il primo grande aggregato è composto dai rapporti di lavoro speciali caratterizzati dalla tipicità degli interessi pubblici coinvolti[515], dai rapporti la cui specialità dipende dalla tipicità della posizione del prestatore e del datore di lavoro[516] e dai contratti con finalità formativa[517]. Il discorso relativo al secondo aggregato è significativamente condotto facendo attenzione a fattispecie che sono ai confini ed oltre il lavoro subordinato. Esso verte infatti intorno al fenomeno della domanda di lavoro c.d. flessibile e la trattazione all'interno di questo ambito viene quindi condotta con ulteriori distinzioni[518].

L'analisi di questa prima impostazione evidenzia la complessità del tema e le conseguenti difficoltà di una sua trattazione in termini unitari e, soprattutto, aderenti alle categorie giuridiche utilizzate nel diritto civile[519]. Per lo più, si tende a riconoscere ormai che dietro la categoria della "specialità", pure ispirata dalle norme del codice civile, vi sono motivi "eminentemente classificatori"[520].

Come si può osservare, il richiamo alla specialità di questi rapporti di lavoro è funzionale all'estensione ad essi della disciplina generale del lavoro subordinato. Le indicazioni legislative, infatti, non sono univoche poiché si riferiscono a rapporti tra loro eterogenei, e quindi non sembrano utili al fine di delineare una categoria unitaria di contratti speciali[521]. In effetti, la qualificazione dei rapporti di lavoro speciali appare solcata da incertezze per quanto attiene ai suoi confini ed alla sua stessa identificazione e rischia di apparire come una questione di ordine meramente classificatorio o nominalistico. "Ben più pregnante è invece la diversa alternativa concernente l'esaustività o meno della disciplina dettata per il rapporto speciale, cioè a dire il quesito circa l'applicabilità o meno […] della disciplina ordinaria e generale del lavoro subordinato. Per quanto il dibattito sia ancora una volta oscillante, prevale l'opinione che la disciplina generale risulta applicabile per gli istituti non oggetto di specifica attenzione della legge speciale e che quindi non opera alcun

---

subordinato non si presenta, infatti, come un tutto omogeneo ma, piuttosto, come un universo differenziato per gruppi professionali e aggregati sociali (Ghera 2006a, 255).

514 Ghera 2006a, 256.

515 Come nel caso del rapporto di lavoro dei marittimi, della gente dell'aria e del pubblico impiego.

516 Il lavoro a domicilio, il lavoro domestico e il lavoro sportivo.

517 Come l'apprendistato, il contratto di inserimento e il contratto di formazione e lavoro.

518 In tale contesto sono ricompresi il contratto a termine, il contratto di somministrazione unitamente alla disciplina degli appalti e del comando o distacco, le tipologie contrattuali ad orario flessibile ed i contratti di lavoro parasubordinati.

519 Non a caso in trattazioni recenti specificamente dedicate alle "tipologie di lavoro flessibile" si privilegia l'esame dei singoli istituti.

520 Mazzotta 2002, 112.

521 Roccella 2004, 67.

meccanismo di implicita incompatibilità. E ciò per effetto di un'applicazione analogica dell'art. 2239 c.c."[522].

Occorre chiedersi se e come sia intervenuta sul punto la più recente evoluzione legislativa, in particolare il d.lgs. n. 276/2003. In effetti, il legislatore sembra aver attuato "una sorta di moltiplicazione dei modelli negoziali o, ancor più, un'estensione dell'ambito di fruibilità dei modelli già esistenti: un fenomeno più intenso di quello verificatosi negli anni '90, specie relativamente alla flessibilità temporale del rapporto o della prestazione"[523]. A parte la novità eclatante della valorizzazione dell'autonomia collettiva a scapito di quella individuale, l'introduzione di nuovi rapporti avrebbe determinato la "emersione di ulteriori contratti speciali, oltre che di altri sottotipi" e ciò indurrebbe addirittura a "mettere in discussione il contenuto del nucleo duro della subordinazione, a partire dall'intensità della stessa: o, meglio, impone di valorizzare l'intuizione di chi ha prospettato la configurabilità di una nozione di lavoro diversa da quelle espressamente disciplinate dall'ordinamento (ivi compresa la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.), che di esse costituisce la sintesi"[524].

In effetti, si pone il problema di verificare se il modello del lavoro subordinato abbia veramente perso quella centralità da sempre riconosciutagli, anche nel corso dei tormentati anni '80, da parte della dottrina più attenta. Già alcuni anni fa[525], si ammoniva sulla lunga vita del modello del lavoro subordinato nell'impresa quale modello di riferimento. Quel modello, infatti, era già stato oggetto di una tendenza espansiva da parte del codice civile del 1942, sia "interna" che "esterna" all'impresa. All'interno, essa è espressa dall'art. 2095 c.c. che unifica sotto la nozione di lavoro subordinato tutte le specie di lavoro professionale considerate. All'esterno questa tendenza si realizza con la tecnica dell'estensione del modello tipico ad altri rapporti di lavoro, caratterizzati da variazioni rispetto al tipo normativamente privilegiato, mediante le norme più volte evocate contenute negli artt. 2128, 2134 e 2239. Così facendo, "il codice civile realizza il duplice obiettivo della *generalizzazione* e dell'*articolazione tipologica* del modello assunto come struttura privilegiata del rapporto"[526], ovviamente nei limiti della ristretta esperienza sociologica e normativa dei rapporti di lavoro degli anni '30 e '40. Negli anni '50 e '60 quella linea di politica del diritto, di espansione del modello tipico, prosegue, assumendo evidenti motivazioni protettive: si pensi alle leggi sull'apprendistato, sul lavoro a domicilio o sul contratto a termine (cfr. in particolare l'art. 5 della l. 230/1962 che espandeva le tutele del contratto a tempo indeterminato nel limite della non incompatibilità), ma anche, oltre l'area della subordinazione, all'art. 409, n. 3, c.p.c. Solo negli anni '80 quella tendenza all'espansione è "rovesciata"[527] nell'ottica della prevalenza della tutela dell'interesse all'occupazione[528]. A ben vedere però, una pluralità di indici normativi consentivano, alla fine degli anni '80, di affermare che il contratto di lavoro subordinato stabile a tempo pieno avesse una posizione dominante.

---

[522] Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu 2005, 46.

[523] Zoli 2004, 370.

[524] Zoli 2004, 393 che richiama in nota Pedrazzoli 1985.

[525] Cfr. Grandi 1989.

[526] Cfr. Grandi 1989, 84 e, in senso analogo, anche Ferraro 2002, 24.

[527] Grandi 1989, 86.

[528] La "articolazione dei rapporti di lavoro [diviene] uno strumento di attivazione dei processi occupazionali in un contesto di garantismo attenuato e tendenzialmente selettivo" (Grandi 1989, 86).

In verità sembra da condividere una lettura cauta delle novità legislative, secondo cui se è giunto il momento di smetterla di considerare il lavoro *part-time*, il lavoro a temine, e il lavoro interinale (ora somministrazione di lavoro) come forme atipiche, è anche vero che "appare scontata la collocazione all'interno del contratto di lavoro subordinato di queste forme. Non si tratta di un vezzo classificatorio. Ora il legislatore con una disciplina positiva pone per tutte le forme il principio della parità di trattamento con il lavoratore comparabile e perciò afferma l'unitarietà e la tipicità del lavoro subordinato, anche se esso si presenta con una forte articolazione […]. L'unitarietà del contratto di lavoro subordinato coesiste con una articolazione dei modelli di regolazione, poiché questi non sono mai tali da mettere in discussione l'unitarietà del tipo. La previsione dell'art. 43 (*ndr: del d.lgs. 276/2003*) è espressione di un principio generale sempre utilizzabile, anche se non espressamente richiamato, in base al quale è applicabile 'la normativa generale del lavoro subordinato in quanto compatibile con la particolare natura del rapporto di lavoro…' […]. Ciò dovrà favorire il ritorno a letture trasversali, che tengano conto della pluralità dei modelli normativi, senza dimenticare l'unitarietà del tipo, contrariamente alle tendenze dottrinali a costruire in modo isolato per ciascun modello l'intera disciplina applicabile". Senza enfatizzare le formulazioni contenute nei testi normativi, occorre far prevalere "la logica dell'unitarietà" e, "contrastando alcune mode culturali", riconoscere che la subordinazione non è espressione di rigidità, ma al contrario è un "paradigma capace di rispondere esaustivamente ai bisogni di flessibilità dell'impresa" e senza che questo impedisca la tutela del lavoratore[529].

6. Il "superamento" del dibattito teorico e le tecniche di coordinamento tra discipline diverse del lavoro subordinato

L'analisi delle diverse interpretazioni descritte dimostra la complessità del tema analizzato e l'esistenza di tesi assai differenziate. Indubbiamente questo panorama così variegato di opinioni è anche il frutto della difficoltà di definire con esattezza nozioni fondamentali quali quelle di "tipo" o "sottotipo" contrattuale, anche per effetto di studi che hanno rinnovato il dibattito sulle caratteristiche identificative dei rispettivi modelli negoziali[530]. D'altra parte, anche concetti come quelli di rapporto di lavoro "generale" e "speciale", a prima vista meno complessi, sono in realtà fortemente discussi, perché, anche in conseguenza della moltiplicazione delle tipologie dei rapporti di lavoro avvenute negli ultimi anni, non vi è accordo su quale sia il contratto fondamentale che ha caratteri di "generalità" e quali sono gli elementi che, di volta in volta, connotano la "specialità"[531]. Proprio l'indeterminatezza delle categorie concettuali che sono alla base del dibattito rende incerti gli esiti interpretativi e consentirebbe di sollevare obiezioni e contestazioni a molte delle teorie descritte, in considerazione non solo dei diversi punti di vista (il che é un fatto normale) ma delle differenti nozioni di base utilizzate - connotate da un elevato grado di incertezza - e che costituiscono il punto di partenza delle singole riflessioni.

A me sembra, peraltro, che il dibattito, di grande interesse dal punto di vista teorico, abbia nel diritto del lavoro scarse ricadute pratiche. E questo per caratteristiche che sono proprie della materia.

---

[529] Tuttavia, "l'impresa deve contentarsi della flessibilità connessa con il modello regolativo, senza perseguire ulteriori vantaggi su piani diversi nella gestione del rapporto di lavoro. In tal modo nell'articolazione tipologica dei rapporti di lavoro occupabilità e adattabilità combaciano" (Napoli 2004, 597, anche per le altre citazioni nel testo).

[530] Il riferimento è a De Nova 1974, che ha completamente rinnovato il dibattito.

[531] Su tali aspetti mi permetto di rinviare all'analisi di Speziale 1998, 307 ss.

Non va dimenticato che nel diritto civile i criteri di identificazione del tipo o del sottotipo (che, come si è visto, hanno profondamente influenzato anche i lavoristi) sono essenziali per specificare quale sia la disciplina applicabile ai nuovi modelli contrattuali che le parti private sono abilitate a creare in base all'art. 1322 del codice civile. Infatti, risolto il problema della meritevolezza degli interessi tutelati dal nuovo contratto – che ne determina l'ammissibilità nell'ordinamento giuridico - si tratta di determinare le regole che ne governano il contenuto. In assenza di disposizioni di legge espresse, il problema deve essere risolto individuando le caratteristiche del nuovo "tipo" delineato dalle parti, la disciplina da essi concretamente specificata e quella ulteriore desumibile dai modelli negoziali già esistenti, sia per colmare le lacune della normativa voluta dai contraenti, sia per determinare un quadro di riferimento entro cui ricondurre il contratto[532]. In questo contesto, le teorie sul tipo o sul sottotipo svolgono una funzione essenziale perché consentono: a) di comprendere il carattere di novità e di somiglianza del nuovo modello contrattuale rispetto a quelli già esistenti; b) di specificare, in base a tali elementi, quali siano le discipline giuridiche vigenti che possono trovare applicazione nel nuovo contratto, a fine di risolvere i problemi di regolazione che di volta in volta si presentano. Questa, ad esempio, è stata nel diritto civile la situazione tipica del franchising, del leasing o del factoring prima che intervenissero normative specifiche di regolazione. E, non a caso, una delle finalità principali della ricerca di nuovi criteri di identificazione del tipo contrattuale (il riferimento è alla nota teoria di De Nova) è stato proprio quello di non legarsi esclusivamente alla causa del contratto, ma di basarsi su una pluralità di elementi. In questo modo l'assimilazione anche soltanto parziale con un altro tipo consente di modulare le discipline applicabili, utilizzando quelle proprie di diversi contratti che condividono soltanto alcune caratteristiche fondamentali con quello di nuova creazione e senza necessità, quindi, della loro accettazione "in blocco".

Nel diritto del lavoro la situazione è completamente diversa. L'esistenza di interessi collettivi o pubblici da perseguire e la necessità di tutela del contraente debole hanno di fatto eliminato qualsiasi potere di creazione di nuovi modelli contrattuali. Questa possibilità, pur se non astrattamente esclusa – l'art. 1322, infatti, è certamente applicabile al diritto del lavoro con il duplice limite della "meritevolezza" e della tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale e comunitario – è concretamente inesistente. Infatti, la qualità degli interessi coinvolti nei rapporti di lavoro è tale da indurre il legislatore – anche per finalità diverse da quelle di protezione del lavoratore (si pensi solo alla promozione dell'occupazione) – a regolare in modo assai preciso i nuovi modelli contrattuali, non lasciando alcuno spazio all'autonomia privata o garantendole ambiti del tutto marginali (e non è un caso che un'acuta dottrina abbia parlato di "tipo imposto" e di modelli di disciplina "per definizione *necessari*")[533]. Inoltre, salvo alcune ipotesi, è lo stesso legislatore che non solo regola espressamente un certo rapporto di lavoro subordinato, ma detta anche disposizioni che sono in grado di creare un raccordo con altre fattispecie e con le discipline giuridiche per esse previste. In questo ambito la discussione teorica in precedenza descritta ("tipo", "sottotipo", "generale", "speciale") non ha grande rilievo pratico e tutto si riduce a mere esigenze classificatorie, prive di profili applicativi concreti. Molto più interessante è invece verificare quali sono

---

[532] Senza contare che, in alcuni casi, quando vi sono norme inderogabili in gioco, vi è anche la necessità di considerare la compatibilità della disciplina voluta dalle parti con queste disposizioni.

[533] V. D'Antona citato nelle precedenti note da 53 a 59. In tal senso anche Ghera 2006b, 146 (con ulteriori riferimenti bibliografici).

queste tecniche normative di raccordo tra fattispecie diverse e, inoltre, come risolvere il problema nei casi in cui queste disposizioni di collegamento non sussistono.

In relazione al primo aspetto, nel codice civile e nelle leggi speciali vi sono disposizioni differenti. In alcuni casi la legge, in relazione a determinati modelli contrattuali, individua due fonti di regolamentazione: a) le norme dettate per quel particolare contratto; b) quelle di un altro modello contrattuale – in genere coincidente con le disposizioni proprie del lavoro subordinato a tempo indeterminato - che diventa la normativa residuale applicabile nei limiti in cui non sia stata derogata da quella speciale. È questo il caso, ad esempio, della somministrazione a tempo indeterminato, nel quale "i rapporti tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali" (art. 22, comma 1, d.lgs. 276/2003), a parte, ovviamente, le regole proprie del nuovo contratto contenute negli artt. 20 e ss. del d.lgs. 276/2003. Lo stesso può dirsi per il lavoro pubblico, nel quale "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto" (art. 2, comma 2, del T. U. 165/2001).

In questi, come in altri casi[534], vi è una combinazione tra disciplina specifica e quella più generale a cui si fa riferimento, che opera nella misura in cui non vi sia una norma derogatoria e senza che vi sia alcuna necessità di sottoporre la normativa di riferimento alla valutazione della sua "compatibilità" con le caratteristiche del nuovo contratto. Qui, infatti, la legge opera un rinvio "generale ed incondizionato" ad un'altra disciplina che, purché ne sussistano i presupposti, deve essere applicata nella sua interezza. Ovviamente, in alcune situazioni, sarà sempre necessario un certo adattamento della normativa di rinvio ai caratteri del nuovo rapporto. Ad esempio, nel caso di licenziamento ingiustificato di un lavoratore con contratto di somministrazione a tempo indeterminato, la reintegrazione prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori (se applicabile in relazione al numero dei dipendenti) si tradurrà nella ricostituzione del rapporto con l'agenzia e nella riammissione nello stato di "disponibilità" (con diritto del lavoratore alla relativa indennità), senza che sia concepibile una riadibizione al lavoro effettivo, a cui il lavoratore non è tenuto se non nei periodi di concreta assegnazione presso un utilizzatore[535]. Nell'ambito del potere disciplinare, che rimane nella titolarità dell'agenzia, le sanzioni potranno essere comminate per comportamenti che violino le direttive di un soggetto diverso dal datore di lavoro (l'impresa utilizzatrice), in conseguenza del fatto che, per tutta la durata della somministrazione, "i lavoratori svolgono la

---

[534] Si veda, ad esempio, l'art. 3, comma 5, della l. 863/1984, secondo il quale "ai contratti di formazione lavoro si applicano le disposizioni legislative che disciplinano i rapporti di lavoro subordinato in quanto non siano derogate dal presente decreto"; gli articoli 2129 e 2240 del codice civile; l'articolo 21 della legge 339/1958 sul lavoro domestico, in base al quale "per tutto quanto non espressamente previsto dalla presente legge restano in vigore le disposizioni riguardanti rispettivamente i rapporti di impiego e di lavoro domestico"; l'articolo 22 del d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367 per le fondazioni di diritto privato che operano nel settore musicale, il quale stabilisce che "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e sono costituiti e regolati contrattualmente". Forse non tutte queste disposizioni sono tuttora vigenti, perché alcune potrebbero essere state abrogate tacitamente da successive normative. Esse sono state indicate semplicemente come esempio di una specifica tecnica legislativa di coordinamento.

[535] Il lavoratore assunto da un'agenzia per il lavoro a tempo indeterminato, a cui si applica la disciplina dei licenziamenti ordinaria (salvo la deroga prevista dal comma 4 dell'art. 22 del d.lgs 276/2003), non ha necessariamente diritto ad essere assegnato ad una missione, che è scelta che spetta al somministrante. Per cui la ricostituzione del rapporto comporterà la riattivazione del vincolo contrattuale ed il ritorno allo stato di "disponibilità", in attesa di essere inviato ad un nuovo incarico.

propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore"[536]. L'adattamento, peraltro, riguarda la concreta applicazione dell'istituto, mentre l'interprete non è autorizzato a verificare, in astratto, se vi sia o meno compatibilità tra l'istituto pensato per il lavoro subordinato in generale e le caratteristiche del diverso rapporto di lavoro a cui deve essere esteso. Solo la materiale impossibilità di applicazione dell'istituto, che ha caratteristiche inconciliabili con quelle proprie del nuovo contratto, costituirà un limite effettivo all'estensione della disciplina[537].

In altre ipotesi, invece, oltre alle regole specifiche di quel rapporto, il rinvio alla disciplina generale avviene nei limiti della sua "compatibilità" in sé e per sé considerata[538], o in considerazione della compatibilità rispetto alla "specialità del rapporto" (artt. 2128, 2134 e 2239 cod. civ.), od alla sua "particolare natura" (art. 43, comma 2, del d.lgs. 276/2003 per il lavoro ripartito). Infine vi può anche essere la contemporanea utilizzazione di tecniche diverse[539].

In queste situazioni l'applicazione della disciplina di riferimento non è automatica come nel primo caso. Essa, infatti, richiede una duplice valutazione: a) in primo luogo bisogna verificare se le peculiarità del modello contrattuale derogatorio siano tali da consentire che le norme generali siano utilizzabili, perché queste ultime potrebbero essere così dissonanti dalle caratteristiche del diverso rapporto di lavoro da rilevarsi del tutto "incompatibili"; b) successivamente, risolto in senso positivo il primo problema, bisogna controllare se la disposizione del modello contrattuale di riferimento possa essere utilizzata senza variazioni, o se invece richieda un adattamento alle caratteristiche particolari del rapporto di lavoro che deve essere regolato. Il giudizio di "compatibilità" deve essere fatto con riferimento alle caratteristiche di ciascun istituto che dovrebbe essere utilizzato ed a quelle del nuovo contratto, per controllare, caso per caso, la possibile applicazione e l'eventuale necessità dell'adattamento. In relazione al lavoro a domicilio, dove l'art. 2128 c.c. rinvia alle disposizioni del lavoro subordinato "in quanto compatibili", la giurisprudenza ha affermato che il giudizio sull'applicazione di queste norme "non può essere risolto alla stregua di categorie generali o di tecniche definitorie, bensì in base ad un esame analitico e ad una verifica di compatibilità condotta in relazione alla specifica disciplina dei singoli istituti ed alle peculiarità della situazione concreta"[540]. In base a tali principi, è stata confermata ai lavoratori a domicilio l'applicazione dell'indennità di mobilità ai sensi della legge 223/1991, o si è sostenuto che la normativa sul licenziamento è estensibile anche a questo tipo di lavoro decentrato nel caso in cui, per accordo delle parti o per le concrete modalità di svolgimento delle attività, il rapporto abbia ad

---

[536] Art. 20, comma 2, d.lgs. 276/2003.

[537] È questo il caso, ad esempio della cassa integrazione guadagni che non può essere applicata nella somministrazione a t. indeterminato per i lavoratori che si trovino "in disponibilità". La cig, infatti, richiede prestazioni lavorative sospese o ad orario ridotto e, quindi, presuppone lo svolgimento di lavoro effettivo e non la situazione di "attesa di assegnazione" (art. 22, comma 3, d.lgs. 276/2003). Senza contare che la cassa integrazione ordinaria è esclusa per le imprese del settore terziario (tra le quali sono ricomprese le agenzie di somministrazione ai sensi dell'art. 25, comma 1, del d.lgs. 276/2003).

[538] Art. 22, comma 2, per la somministrazione a termine o l'art. 58, comma 1, per il contratto di inserimento nel d.lgs. 276/2003.

[539] Nella somministrazione a termine, ad esempio, oltre al rinvio alle disposizioni del d.lgs. 368/2001 "per quanto compatibile", si prevede anche l'esclusione "delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4" (sempre del decreto legislativo sul contratto a tempo determinato) e con l'introduzione di una ulteriore disciplina derogatoria per quanto riguarda la proroga del contratto.

[540] Cass. Sez. Un. 12 marzo 2001, n. 106, *FI*, 2001, I, 1524 ss., qui, in particolare, 1529.

oggetto una qualificata e ragionevole continuità di prestazioni lavorative[541]. Si tratta di situazioni in cui si è operato un vero e proprio "adattamento normativo" delle regole della subordinazione al lavoro a domicilio effettuato in base al filtro della "compatibilità". La giurisprudenza descritta mi sembra fornisca un criterio valido applicabile in tutti i casi in cui la legge richiede l'applicazione di determinate norme "in quanto compatibili".

La questione deve essere risolta anche per quelle fattispecie che non prevedono norme di coordinamento con la disciplina della subordinazione in generale. Era questa la situazione del lavoro temporaneo (oggi abrogato), ma anche del part time, del lavoro intermittente o di quello sportivo. In questo caso, infatti, non vi sono disposizioni come quelle sopra descritte.

Va detto, peraltro, che in alcune ipotesi esistono altre norme che consentono di giungere a conclusioni simili a quelle analizzate. Vi sono, in primo luogo, disposizioni, quali quelle in tema di parità di trattamento o di principio di non discriminazione, che lasciano chiaramente intendere come un altro rapporto di lavoro costituisca il punto di riferimento per l'applicazione di discipline residuali in relazione ad istituti non direttamente regolati dalla normativa specifica. Si pensi, per il contratto a termine, all'art. 6 del d.lgs. 368/2001, con il suo riferimento ai "lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili". Oppure all'art. 4 del d.lgs. 61/2000 che, nel part time, prevede che il dipendente "non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile" o, ancora, all'art. 38 del d.lgs. 276/2003, secondo il quale "il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte". Queste disposizioni fanno chiaramente capire come il contratto a tempo indeterminato o a tempo pieno siano i modelli a cui riferirsi per la disciplina del rapporto per le parti non direttamente regolate. Esse, inoltre, stabiliscono anche quali sono i criteri di adattamento delle discipline di riferimento, specificando che queste ultime devono essere applicate "in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine" (art. 6 d.lgs. 368/2001), o regolando in modo espresso in che misura debbano essere utilizzate le normative proprie del tempo pieno[542].

In questo caso, dunque, il carattere sussidiario di altre discipline è *indirettamente* confermato da queste norme. Queste conclusioni trovano una conferma in una serie di disposizioni che prevedono, a titolo sanzionatorio, la trasformazione del rapporto in un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato[543] o in un contratto a tempo parziale o a termine (art. 69, comma 2, d.lgs. 276/2003). Infatti, la conversione del rapporto illegittimamente stipulato in un altro contratto, dimostra che quest'ultimo è stato assunto come modello "generale" e che il rapporto specificamente regolato è considerato come una "deroga" al primo, che opera solo quando

---

[541] Si rinvia a Cass. Sez. Un. n. 106/2001, 1529, citata nella nota precedente; Cass. 22 gennaio 1987, n. 615, *RGL*, 1987, II, 64; Cass. 17 marzo 1981, n. 1570, *GC*, 1981, I, 1276. In dottrina le opinioni sul punto sono contrastanti, anche se molte interpretazioni giungono alle stesse conclusioni della giurisprudenza (si rinvia, per un'analisi delle diverse posizioni, a Chieco 1996, 420 ss.).

[542] Si rinvia sempre all'art. 4, comma 2, del d.lgs. 61/2000 per il part time ed all'art. 38, comma 2, del d.lgs. 276/2003 per il lavoro intermittente.

[543] Si vedano l'art. 27, comma 1, del d.lgs. 276/1003 per la somministrazione; l'art. 29, comma 3 bis, del d.lgs. 276/2003 per l'appalto; l'art. 30, comma 4 bis, del d.lgs. 276/2003 per il distacco; l'art. 69, comma 1, del d.lgs. 276/3003 per il lavoro a progetto; l'art. 5 del d.lgs. 368/2001 per il contratto a termine; l'art. 3, comma 9, della l n. 863/1984 per il contratto di formazione e lavoro.

sussistono particolari condizioni, la cui mancanza determina il "ritorno" al contratto "principale" assunto come parametro di riferimento. A differenza delle norme prima descritte, peraltro, le disposizioni di carattere sanzionatorio non risolvono la questione del coordinamento tra le discipline del contratto "particolare" e quelle del rapporto assunto come modello.

Prima di analizzare questo aspetto del problema, va detto che l'esame delle varie norme prima descritte consente di svolgere alcune riflessioni di carattere generale, senza peraltro avere la pretesa di fornire una soluzione alle questioni teoriche connesse al dibattito sulle tipologie contrattuali o sulla specialità o meno dei rapporti di lavoro[544].

La legge assume un modello contrattuale di riferimento come prototipo sul quale conformare la disciplina di altri contratti[545]. Il rapporto "universale" é quello subordinato a tempo indeterminato, con un rinvio non solo alla disciplina del codice civile ma a tutta la normativa prevista dalle leggi speciali. Questa tendenza, già presente nel codice, si è poi ulteriormente sviluppata nella legislazione degli anni '50 e '60 in poi fino all'ultimo decennio del secolo scorso ed anche in tempi a noi assai più vicini. Le recenti riforme del part-time, del contratto a termine e del lavoro a progetto, rispetto alle quali il lavoro subordinato a tempo indeterminato continua ad essere la "stella polare", confermano questa tendenza. L'evoluzione ultima sembra essere quella secondo la quale, accanto al modello generale della subordinazione a tempo indeterminato, si affiancano "sub prototipi" che, pur avendo come parametro di riferimento il rapporto standard, a loro volta si pongono come "modelli" per altre figure contrattuali. È questo il caso, ad esempio, del contratto a termine rispetto alla somministrazione a tempo determinato, al contratto di inserimento od a quello di formazione e lavoro, che sono forme peculiari di rapporti a tempo determinato. E le stesse caratteristiche sembrano delinearsi per il part time nei confronti del lavoro intermittente e, in qualche misura, del lavoro ripartito. Si può dire in sostanza che, dal punto di vista strettamente normativo e senza alcun riferimento al dibattito politico - sociologico sulla "centralità" o meno del prototipo, vi é un sistema che vede al centro la subordinazione a tempo indeterminato e nel quale vi sono "sub sistemi" minori caratterizzati da altri contratti che sono parametro di riferimento per le discipline giuridiche di altri rapporti di lavoro.

Nei rapporti tra il prototipo, i sub prototipi e gli altri contratti, il legislatore, di volta in volta, detta regole specifiche di coordinamento. In alcuni casi il risultato viene raggiunto con norme direttamente finalizzate a tale scopo e già analizzate. In altri, lo scopo è perseguito indirettamente, con le disposizioni sulla parità di trattamento o sul principio di non discriminazione, anche queste prima descritte. Solo in ipotesi particolari la legge non utilizza queste tecniche normative e non individua una disposizione che consenta la soluzione del problema. Questa era la situazione nel caso del lavoro temporaneo. Ma un altro esempio è costituito dal lavoro sportivo, dove, dopo aver qualificato come subordinati i rapporti con certe caratteristiche, si specifica soltanto che una

---

[544] Chi scrive ha già cercato di fornire un modesto contributo al problema: v. Speziale 1998, p. 308 ss. in relazione al lavoro temporaneo.

[545] Utilizzo in questo caso la nozione di "prototipo" espressa da Ghezzi, Romagnoli 1987, 38 ss., che mi sembra la più adeguata a cogliere l'essenza del fenomeno che si sta analizzando. Il termine è fortemente criticato da Pedrazzoli 1998a, 446, nota 86. A me sembra peraltro che esso rispecchi una realtà difficilmente contestabile alla luce dei dati normativi, anche più recenti e questo, peraltro, a prescindere dalla fondatezza o meno della interpretazione del fenomeno lavoro sottesa alla tesi del "prototipo", rispetto alla quale Pedrazzoli esprime le sue critiche.

serie di norme che regolano il prototipo sono espressamente escluse, ma nulla si dice sulla possibile integrazione/esclusione della disciplina specifica con quella di carattere più generale.

In questi casi la questione può essere risolta senza necessità di avventurarsi nella difficile discussione relativa alla tipologia dei contratti o alla specialità del rapporto. Infatti il contratto introdotto da una specifica legge sarà in primo luogo regolato dalle disposizioni particolari in essa dettate, che costituiranno una deroga alle norme generali. Per la parte non derogata si applicheranno *tutte* le normative legali che regolano il contratto di lavoro, salvo possibili eccezioni espressamente introdotte dal legislatore[546].

Questa conclusione trova fondamento nel fatto che le normative riferite al prototipo o ai sub prototipi si pongono come discipline che si riferiscono a tutti i rapporti di lavoro subordinato. Vi sono, evidentemente, presupposti particolari di applicabilità, a volte connessi alle dimensioni dell'impresa (per i licenziamenti individuali e collettivi), alle caratteristiche del datore di lavoro (ad es. le norme relative alle pubbliche amministrazioni) o del lavoratore (si pensi agli invalidi) o al fatto che si tratti di un imprenditore (art. 2094 ss. cod. civ.). Tuttavia, a parte queste condizioni di operatività, nei modelli più o meno "universali" adottati dal legislatore operano regole che presuppongono soltanto l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato e che, per tale ragione, debbono necessariamente essere applicate a *tutti* i rapporti che direttamente o indirettamente sono qualificabili nell'ambito della subordinazione e che rispecchiano i presupposti applicativi prima descritti (dimensionali, connessi alla natura del datore di lavoro o del lavoratore ecc.)[547]. Senza dimenticare, tra l'altro, che vi sono norme che presuppongono soltanto l'esistenza di un "datore di lavoro" senza ulteriori specificazioni – in relazione, ad esempio, alla natura imprenditoriale o meno – con una valenza applicativa ancora più generale. È questo ad esempio il caso della disciplina dell'orario di lavoro (che regola tutti "i settori pubblici o privati" salvo eccezioni)[548] o dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (relativo ai datori di lavoro imprenditori o non imprenditori) o all'articolo 7 della legge 300/1970.

Qualche esempio può aiutare a comprendere meglio quanto si sta affermando. Il contratto di lavoro con uno sportivo professionista potrà essere stipulato sia termine che a tempo indeterminato. Nel caso di stipula di un contratto a termine, le regole proprie del professionismo sportivo prevedono la non applicazione della l. 230/1962 (art. 4, comma 8, l. 91/1981) ed altre disposizioni particolari, relative alla "acausalità" del contratto (che non richiede alcuna giustificazione oggettiva), alla durata massima del rapporto ed alla possibilità di successione con più contratti (art. 5 della l. 91/1981). Nulla viene detto per quanto riguarda il recesso anticipato, perché il legislatore

---

[546] Nel lavoro sportivo, ad esempio, l'art. 4, comma 8, della l. n. 91/1981 espressamente prevede che, nel rapporto di lavoro subordinato professionistico "non si applicano le norme contenute negli articoli 4, 5, 13, 18, 33, 34 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e negli articoli 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604…".

[547] Infatti, a parte l'art. 2094 del codice civile, la natura subordinata di un contratto di lavoro è individuata dal legislatore con tecniche diverse, che vanno dalla utilizzazione di definizioni di carattere generale (ad esempio, quelle relative all'apprendistato o al lavoro a domicilio), all'uso di locuzioni non equivoche (come la parola "assume") accompagnate dalla previsione in via sussidiaria dell'estensione della disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato (è il caso del contratto di formazione lavoro), sino all'utilizzazione di altre formulazioni che, pur in assenza di un'espressa definizione, non lasciano dubbi sulla natura subordinata del rapporto (su tali aspetti mi permetto di rinviare, ancora una volta, a Speziale 1998, 305 ss.).

[548] Si veda l'art. 2 del d.lgs. 66/2003.

ha espressamente escluso solo le norme sui licenziamenti previste per il contratto di lavoro a tempo indeterminato (art. 4, comma 8, l. 91/1981) e non certo quelle connesse al rapporto con un termine finale. In questo caso, dunque, il recesso delle parti verrà ad essere regolato dall'art. 2119 del codice civile, che é disposizione che riguarda tutti i contratti a tempo determinato, a meno che non vi sia una deroga espressa che nel nostro caso è inesistente[549], ed in considerazione del fatto che le società sportive hanno sicuramente natura imprenditoriale (artt. 10 e ss. l. 91/1981). D'altra parte, qualora si voglia applicare una sanzione disciplinare al professionista, senza dubbio dovrà seguirsi la procedura di cui all'articolo 7 della l. 300/1970. Questa disposizione, che non è tra quelle dello statuto dei lavoratori espressamente escluse dall'articolo 4, comma 8, della legge 91/1981, si applica a tutti i datori di lavoro ed è quindi automaticamente estensibile a tutte le forme di subordinazione (salvo eccezioni espresse)[550].

Nel rapporto di lavoro domestico inferiore alle 4 ore giornaliere (che è regolato dalla legge 339/1958), l'art. 2240 del codice civile prevede che il contratto "é regolato dalle disposizioni di questo capo e, in quanto più favorevoli al prestatore di lavoro, dalle convenzioni e dagli usi"[551]. Anche in queste ipotesi, a parte le norme derogatorie, sono vigenti tutte le disposizioni generali del lavoro subordinato che non presuppongono che il datore di lavoro sia un imprenditore in relazione, ad esempio, al potere disciplinare, alle regole in materia di retribuzione non espressamente disciplinate in modo diverso dall'art. 2242 c.c. è così via (e sempre che ovviamente sussistano i presupposti applicativi previsti per ogni singola normativa). Ancora una volta, infatti, si è in presenza di discipline universali che presuppongono soltanto l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato che, salvo deroghe, esclusioni od i limiti sopra descritti, ne impone l'applicazione generalizzata[552].

Nel caso di soci lavoratori delle cooperative, gli articoli 2, 3 e 5 del d.lgs. 142/2001 dettano una disciplina specifica. Vi è l'integrale rinvio alle disposizioni dello statuto dei lavoratori, con esclusione dell'art. 18 nel caso di recesso dal rapporto associativo e da quello di lavoro (art. 2, comma 1) e l'estinzione del vincolo di subordinazione nel caso di recesso od esclusione quale socio (art.

---

549 E non è un caso che, in relazione allo sportivo professionista ed alla disciplina del licenziamento, si sia affermato "il rinvio alle norme di diritto comune" (D'Harmant Francois 1998, 3).

550 Cfr. D'Harmant Francois 1998, 3, secondo il quale agli sportivi professionisti si applica lo statuto dei lavoratori, tranne le norme espressamente escluse o le discipline in altro modo regolate. Tra l'altro una conferma indiretta dell'applicazione dell'art. 7 la si trova nel comma 9 dell'art. 4 della l. 91/81, dove si afferma che la disposizione dello statuto non si applica alle sanzioni irrogate dalle federazioni e, quindi, che essa è pienamente operativa per le sanzioni comminate dal datore di lavoro.

551 L'art. 21 della legge 339 del 1958 contiene una norma di coordinamento già descritta (v. nota 84). Dopo alcune incertezze interpretative, è ormai pacificamente acquisito (anche a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale) che la legge 339/1958 opera solo per i rapporti con almeno 4 ore di prestazione giornaliera, mentre la disciplina del codice civile (artt. 2240 ss.) si applica ai contratti con prestazioni di durata inferiore al limite orario previsto dalla legge speciale. Si rinvia, per l'analisi dei diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, a Basenghi 2000, 7 ss.

552 Va detto, peraltro, che in questo caso il problema potrebbe essere risolto tramite l'applicazione dell'art. 2239 cod. civ. Mi sembra indubbio, infatti, che il lavoro domestico sia un contratto "non inerente all'esercizio dell'impresa" a cui si applicheranno gli artt. 2094 ss. del codice civile, in coerenza con l'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza (v. Basenghi 2000, 24 ss. a cui si rinvia per l'indicazione delle opinioni adesive o contrarie all'applicazione dell'art. 2239 al lavoro domestico). Rimane il problema, non risolto dalla norma analizzata, del rinvio non solo alle norme del codice civile, ma anche alle leggi speciali sul lavoro subordinato (ad es. lo statuto dei lavoratori). Il problema, peraltro, potrebbe essere risolto mediante l'applicazione dell'interpretazione analogica, secondo i criteri indicati *infra* nel testo. In sostanza, con l'analogia, il rinvio contenuto nell'art. 2239 potrebbe essere esteso anche alle fonti diverse dal codice civile.

5, comma 2). A parte queste peculiarità, che hanno dato vita a controverse interpretazioni[553] e le deroghe ulteriori (ad esempio in materia previdenziale) vi sarà l'applicazione delle altre discipline del lavoro subordinato, purché ne sussistano le condizioni di operatività.

Altri esempi potrebbero essere fatti[554]. In sostanza, per tutte le ipotesi descritte ed in generale in tutti i casi di assenza di disposizioni di coordinamento dirette o indirette quali quelle in precedenza analizzate, il criterio per determinare le normative applicabili al contratto di riferimento è il seguente: a) le disposizioni di legge sul lavoro subordinato non espressamente escluse o derogate da regole specifiche devono essere applicate; b) ovviamente, se le varie norme indicate nella precedente lettera a) richiedano determinate condizioni di operatività (natura imprenditoriale del datore di lavoro, sue caratteristiche particolari o requisiti specifici del lavoratore, limiti dimensionali ecc.), esse potranno trovare applicazione soltanto quando il contratto "particolare" possiede le caratteristiche soggettive ed oggettive richieste; c) quest'ultimo limite non sussiste per le discipline legislative che implicano soltanto la presenza della subordinazione e del datore di lavoro, senza ulteriori presupposti operativi.

In molti casi l'applicazione della disciplina generale dovrà essere adattata alle caratteristiche del rapporto specifico da regolare. Da un lato, non vi sono disposizioni espresse che prevedano un rinvio "incondizionato" ad altre normative quali quelle già descritte. D'altra parte, le norme del codice o di leggi speciali riferite a tutti i rapporti di lavoro subordinati sono sempre state elaborate con riferimento ad un certo modello economico ed organizzativo (la c.d. tipicità sociale), come nel caso del lavoro nell'impresa o nei confronti di un datore di lavoro non imprenditore. Queste disposizioni, se applicate meccanicamente a contratti che hanno caratteri assai diversi sia dal punto di vista del sostrato economico e sociale da cui traggono origine, sia in relazione alla disciplina esistente ed agli scopi perseguiti, potrebbero essere inutilizzabili o determinare gravi distorsioni rispetto alla loro finalità originaria. Anche qui, in sostanza, si impone un'opera di adattamento normativo e bisognerà procedere "ad un esame analitico e ad una verifica di compatibilità in relazione alla specifica disciplina dei singoli istituti e alle peculiarità della situazione concreta"[555].

Tutte le tecniche normative in precedenza analizzate, in realtà, possono richiedere che le norme generali che devono essere applicate al rapporto di lavoro "particolare" siano adattate. A prescindere dalle opzioni previste dalla legge (rinvio "incondizionato", giudizio di "compatibilità", assenza di regole espresse in materia), l'adattamento può avvenire con diverse graduazioni di intensità sia in rapporto alla discrezionalità lasciata all'interprete (che, per esempio, è superiore nel caso di applicazione delle disposizioni "in quanto compatibili"), sia in base alle caratteristiche specifiche del caso concreto che deve essere regolato. E, a volte, proprio quest'ultimo aspetto é l'elemento che assume maggiore importanza per determinare se ed in che misura la disciplina di carattere generale possa effettivamente trovare applicazione e può comportare la parificazione, sul piano pratico, delle diverse tecniche. Va detto peraltro che, in molti altri casi, questa operazione di adattamento può non essere necessaria perché l'istituto preso in considerazione può essere applicato senza particolari problemi.

---

[553] Si rinvia, per tutti a Barbieri M. 2006, 523 ss.

[554] Ad esempio, questa era la situazione per il lavoro temporaneo, regolato dagli att. 1 – 11 della l. 196/1997 ed oggi abrogato. Ed una ipotesi analoga è quella del lavoro penitenziario, disciplinato in particolare dall'art. 20 della l. 354/1975 (e successive modifiche).

[555] Cass. Sez. Un. n. 106/2001, 1529, citata nella nota 90.

Una soluzione alternativa del problema potrebbe essere costituita dall'applicazione analogica delle disposizioni già analizzate che realizzano forme di coordinamento tra discipline diverse. Il riferimento non è tanto alle norme del codice civile (ad es. gli articoli 2128, 2134, 2239) quanto a quelle contenute nella legislazione successiva, anche emanata in tempi recenti, che, per la parte non espressamente regolata, rinviano "alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali"[556] od alla "normativa generale del lavoro subordinato in quanto compatibile con la particolare natura del rapporto di lavoro..."[557] od alle "disposizioni legislative che disciplinano i rapporti di lavoro subordinato"[558].

L'estensione in via interpretativa può essere effettuata in considerazione dell'esistenza dei presupposti previsti dall'articolo 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile in tema di analogia. L'assenza, in alcuni rapporti di lavoro, di una regola che consenta di rinviare alle norme generali sulla subordinazione può essere considerata una "lacuna" (e cioè la mancanza di un'espressa previsione normativa)[559]. Inoltre sussiste la stessa "somiglianza rilevante", che va intesa come il fondamento razionale (la *ratio legis*) comune sia alla disposizione espressa che alla norma che viene creata per disciplinare il caso non regolato[560]. In queste ipotesi essa consiste nella finalità di estendere ad un determinato contratto la disciplina emanata per regolare tutti i rapporti di lavoro subordinato, realizzando una forma di integrazione delle rispettive normative. L'analogia, nella versione classica descritta[561], consente di giungere ai medesimi risultati interpretativi in precedenza esaminati nelle ipotesi in cui la legge, per determinati modelli contrattuali, non introduca un'espressa disposizione di raccordo. Ed anche in questo caso l'adattamento normativo seguirà le regole già analizzate a seconda che l'interpretazione analogica implichi l'utilizzazione di disposizioni che richiedono o meno l'accertamento della compatibilità tra disciplina generale e le caratteristiche specifiche del contratto cui deve essere applicata.

7. I contratti atipici come modelli negoziali flessibili alternativi al rapporto di lavoro standard

Si è già detto che nel diritto del lavoro viene utilizzata una nozione di contratto "atipico" che è molto diversa dal quella del diritto civile. In quest'ultimo caso il riferimento è ai nuovi modelli contrattuali creati dall'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. Come si è visto, questa possibilità, nel diritto del lavoro, è solo teorica, perché l'assetto degli interessi pubblici e privati tutelati è tale da imporre una normazione dettagliata di tutte le fattispecie contrattuali e,

---

[556] Art. 22, comma 1, d.lgs. 276/2003 per la somministrazione a tempo indeterminato.

[557] Art. 43, comma 2, d.lgs. 276/2003 sul lavoro ripartito.

[558] Art. 3, comma 5, l. 863/1984 sul contratto di formazione e lavoro.

[559] Bobbio 1968, 604, il quale conferma la possibilità di estensione analogica anche nell'ambito delle leggi speciali (Id. 1938, 168). Sulla nozione di "lacuna" v. anche Guastini 1998, 268; Id. 1993, 429; Giuliani 1999, 428 ss.; Cass. 6 luglio 2002, n. 9852; Cass. 29 aprile 1995, n. 4754.

[560] Bobbio 1968, 608; Guastini 1998, 268 ss.; Id. 1993, 433; Giuliani 1999, 430; Cass. 23 novembre 1965 n. 2404.

[561] Quella indicata nel testo è la teoria sull'analogia assolutamente prevalente in dottrina e giurisprudenza. Non mancano, peraltro, concezioni diverse, per le quali si rinvia a Gianformaggio 1987, 321 ss.; Romeo 1990, 12 ss.

pertanto, i nuovi contratti introdotti dalla legge sono tutti "tipici", perché corrispondono a nuovi "tipi legali" espressamente regolati dalla legge[562].

La nozione di contratto atipico è di contenuto "atecnico"[563], anche se ormai è diventato del tutto "familiare" nel diritto del lavoro[564], e rinvia a categorie proprie della sociologia e dell'economia. Il riferimento è a tutti quei contratti di lavoro, anche autonomi e non solo subordinati, che si distinguono dal modello di lavoro standard, costituito dal rapporto di lavoro a tempo pieno e determinato "con coincidenza tra la figura soggettiva del datore di lavoro e dell'utilizzatore della prestazione"[565]. La definizione di "atipici" è particolarmente utilizzata dall'Istat nei suoi rapporti periodici, ed è stata ulteriormente perfezionata in tempi recenti. In essa, infatti, sono ricompresi i contratti "caratterizzati anche solo parzialmente da elementi di atipicità. In particolare, l'atipicità può essere implicita nella tipologia del contratto ('atipico in senso stretto'), oppure caratterizzare il rapporto di lavoro a motivo della modalità o del luogo di erogazione, o del carattere relativamente inusuale nel quadro del mercato del lavoro italiano ('parzialmente atipico')"[566].

La crescita dei contratti diversi da quello standard (incluso quello dei lavoratori autonomi) è stata particolarmente forte, tanto da arrivare "a circa il 40% della forza lavoro UE-25 nel 2005"[567] o, secondo ad altre rilevazioni al 48,5%[568]. In Italia, prima del d.lgs. 276/2003, si affermava che le tipologie erano "38"[569], ed oggi si parla di "quaranta schemi negoziali"[570], anche se la numerazione è spesso condizionata dai diversi criteri con cui si procede alla classificazione dei vari modelli contrattuali. L'Istat, immediatamente dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 276, ha affermato che "il mercato del lavoro italiano risulta caratterizzato da ben 21 differenti rapporti di lavoro diversi dall'impiego 'standard' i quali, a seconda della stabilità del contratto o della durata del regime orario, possono essere applicati secondo 48 modalità diverse. Di queste, 34 possono essere valutate come pienamente atipiche, mentre le altre 14 possono essere considerate solo parzialmente tipiche"[571].

Si è già visto che nel diritto civile le parti, in conseguenza di mutamenti intervenuti nelle prassi del diritto degli affari e del commercio, danno vita a nuovi modelli contrattuali che vengono poi recepiti dal legislatore[572], anche se a volte vi sono interventi normativi, di fronte nazionale e/o comunitaria, finalizzati a regolare nuovi fenomeni sociali (come nel caso, tra gli altri, della privacy, della tutela del consumatore ecc.). Nel diritto del lavoro, sono soprattutto le innovazioni economiche ed organizzative che impongono la nascita di "nuovi modi di lavorare" e quindi di forme

---

562 Di "tipi legali" parla Gazzoni 1998, 763, mentre altri fanno riferimento ai "tipi contrattuali previsti dal codice civile o da altre fonti normative" (Galgano 2004, 170) o si usano alternativamente entrambe le formulazioni (Gabrielli 1999, 1). Tuttavia si tratta solo di differenze terminologiche, perché la sostanza del fenomeno è la stessa (è "tipico" il contratto regolato dall'ordinamento).

563 Carabelli 2004, secondo il quale si tratta di espressione "priva di fondamento scientifico, ma che è entrata ormai nel linguaggio comune" (74). In senso analogo Sciotti 2005, 287 – 288 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto).

564 Perulli 2006a, 731.

565 Perulli 2006a, 731. Si veda, per la definizione del lavoratore standard, anche De Luca Tamajo 1997, 43.

566 Istat 2003, 238.

567 Commissione Europea 2006, 8.

568 Perulli 2006a, 732 che cita dati ricavati dall'*Employment in Europe, 2006, Statistical Annex*.

569 Garibaldi 2002, 1.

570 Perulli 2006b, 192.

571 Istat 2003, 238 – 239.

572 Si rinvia a Gabrielli 1999, 1 ed a Galgano 2004, 170, secondo il quale "molti degli odierni contratti tipici sono nati e si sono diffusi nella pratica degli affari prima che la legge li prevedesse e li regolasse".

contrattuali che gli diano sostanza giuridica. A volte, inoltre, i mutamenti sono sollecitati da cambiamenti negli stili di vita della popolazione. Si pensi all'incremento nella partecipazione delle donne al lavoro tramite il part time, che consente coniugare esigenze di lavoro e familiari. O alla diffusione di forme di lavoro temporaneo per i giovani, finalizzate a rendere compatibili brevi esperienze lavorative di carattere stagionale oppure a rendere possibili il coordinamento tra attività di studio e lavoro.

Non vi è dubbio quindi che la diffusione di contratti atipici sia connessa ad una pluralità di fattori, che rispecchiano esigenze reali di natura economica e sociale. Tra questi "la letteratura sociologica ed economica individua, oltre agli aspetti legati al regime di regolazione del lavoro, al sistema di tassazione e a quello di *welfare*, anche fattori di 'domanda di lavoro' rappresentati dagli aspetti legati al ciclo economico, alle tecnologie adottate, alle caratteristiche del sistema produttivo, nonché fattori di 'offerta di lavoro' come il livello d'istruzione, la composizione familiare, la struttura demografica delle diverse aree territoriali. Ma è senz'altro l'impresa, per ragioni di ordine produttivo ed organizzativo (personalizzazione, produzione *on demand*, riduzione al minimo del tempo del tempo di risposta al mercato, ecc.), l'attore maggiormente interessato alla flessibilità del mercato del lavoro"[573]. I mutamenti organizzativi e produttivi delle imprese hanno dunque svolto (e svolgono) un ruolo fondamentale[574].

Va ricordato, peraltro, che la crescita a dismisura dei contratti atipici non può essere ricondotta soltanto al superamento del "fordismo" ed al suo modello basato su produzione di massa ed economie di scala, che presupponeva un rapporto di lavoro stabile ed a tempo indeterminato. Mentre, al contrario, la nuova economia della flessibilità organizzativa, della conoscenza, della variabilità della domanda dal mercato richiede una pluralità di tipologie che rispecchino queste diverse esigenze produttive[575]. In realtà, la diffusione dei contratti "non standard" è una diretta conseguenza anche dell'idea (ma forse sarebbe più corretto definirla ideologia) della flessibilità che costituisce da tempo il "pensiero unico" europeo per la disciplina del mercato del lavoro. La tesi è quella secondo la quale l'eccesso di protezione normativa garantito dalle legislazioni nazionali al contratto standard impedisce la crescita dell'occupazione e l'ingresso al lavoro di nuove figure lavorative. Questa opinione, che risale al famoso rapporto Ocse del 1994[576], ha costituito il presupposto esplicito ed implicito di tutte le strategie del lavoro europeo, in piena coerenza con gli orientamenti di politica economica della Banca Centrale Europea[577] ed è stata recentemente

---

[573] Perulli 2002, 362 - 363.

[574] Di recente, si è ribadito che "la rapidità dei progressi tecnologici, l'intensificazione della concorrenza collegata alla globalizzazione, l'evoluzione della domanda dei consumatori e la crescita notevole del settore dei servizi..." sono fattori determinanti per la diffusione della flessibilità. "L'emergere della gestione 'just in time', la tendenza delle imprese a rivedere la loro politica di investimento a più breve termine, la diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, oltre alle evoluzioni della domanda sempre più frequenti, hanno spinto le imprese a organizzarsi in modo più flessibile. Tutto ciò riguarda l'evoluzione dell'organizzazione e dell'orario di lavoro, i salari e il numero di dipendenti delle varie fasi del ciclo produttivo. Questi cambiamenti hanno creato una domanda di maggiore diversificazione contrattuale, sia o no esplicitamente coperta dalla legislazione comunitaria e nazionale" (Commissione Europea 2006, 5).

[575] Si rinvia, per tutti, a Perulli 2006a, 731 – 732; Ghera 2006b, 178 ss.; Carabelli 2004, 74 ss.

[576] OECD 1994, particolarmente le argomentazioni utilizzate nel capitolo 3.

[577] La Banca Centrale Europea ha recentemente riaffermato che, nonostante i miglioramenti degli ultimi anni nelle *performance* del mercato del lavoro, vi è necessità "di maggiore flessibilità per aumentare la capacità di aggiustamenti dei mercati del lavoro dell'area nonché la relativa capacità di tenuta agli shock" (BCE 2007, 75). La eccessiva rigidità nella legislazione a tutela del posto di lavoro è

ribadita al massimo livello dalla Commissione europea[578]. La difficoltà o la non volontà dei paesi dell'Unione di riformare la disciplina del lavoro standard ha sollecitato la creazione di una pluralità di nuovi contratti, che in qualche modo permettessero di aggirare la "rigidità" della disciplina in tema di lavoro a tempo indeterminato e consentissero flessibilità normativa e riduzioni del costo del lavoro[579]. La conseguenza sarebbe quella di un mercato del lavoro rigido nella componente standard e segmentato in quella atipica[580].

Va detto, peraltro, che la tesi descritta è priva di riscontri empirici ed è contestata a livello teorico, perché vi sono numerosi studi che negano che vi sia una correlazione tra la "protezione" garantita dalla disciplina in materia di lavoro ed i livelli di disoccupazione[581]. Inoltre questa teoria è in qualche misura smentita da alcuni studi compiuti dalla stessa Ocse in relazione, ad esempio, al rapporto tra flessibilità salariale ed occupazione, quando, ad esempio, nell'*Employment Outlook* del 1998 si è affermato che né la teoria economica né le analisi econometriche sono state in grado di determinare l'influenza sull'occupazione di discipline legali o contrattuali sui minimi salariali[582]. E lo stesso può dirsi per il rapporto tra crescita occupazionale e legislazione restrittiva in materia di licenziamenti, quando si è sostenuto che le ricerche empiriche non sono state in grado di dimostrare che l'eccessiva rigidità della normativa produce effetti negativi[583] e che anzi una

---

ancora una volta ribadita (77), in coerenza con una tesi già espressa in precedenza (BCE 2002). Per una ricostruzione delle opinioni espresse da OECD e Banca Centrale Europea si rinvia alla dettagliata ricostruzione di Ashiagbor 2005, 36 ss., 72 ss.

[578] "La recente relazione sull'occupazione in Europa nel 2006 fa riferimento a dati secondo i quali l'esistenza di una legislazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori anziani. Tale relazione sottolinea che una deregolamentazione marginale che mantiene praticamente intatte le rigide regole applicabili ai contratti standard tende a favorire la segmentazione dei mercati di lavoro e influisce negativamente sulla produttività" (Commissione Europea 2006, 9).

[579] "Le riforme della legislazione relativa alla tutela dell'occupazione avviate dall'inizio degli anni '90 vertono soprattutto sull'ammorbidimento delle norme vigenti per favorire la diversità contrattuale. La finalità di queste riforme era di sviluppare una flessibilità 'marginale', vale a dire di instaurare forme di occupazioni più flessibili con una minore tutela contro il licenziamento, al fine di facilitare l'accesso di nuovi venuti e di soggetti alla ricerca di un lavoro in posizione di svantaggio nel mercato del lavoro, consentendo a coloro che lo desideravano di avere una maggiore scelte in materia di opportunità di lavoro" (Commissione Europea 2006, 6).

[580] La Banca Centrale Europea, in relazione ai contratti standard rileva che "il grado di tutela del posto di lavoro per i contratti a tempo indeterminato è diminuito solo lievemente dal 1990" (con un indice che si è ridotto dal 2,7 del 1990 al 2,5 del 2003: BCE 2007, 77). Mentre la "flessibilità marginale" (citata nella nota precedente) ha comportato che "i mercati del lavoro sono divenuti di conseguenza sempre più segmentati" (Commissione Europea 2006, 6).

[581] Si vedano, ad esempio, i lavori di Nickell 1997 e Nickell, Layard 1998, che escludono che la legislazione in materia di licenziamenti ed i minimi salariali producono rigidità che hanno un impatto negativo sull'occupazione (che è legato, al contrario, ad altri istituti di regolazione del mercato del lavoro, come l'esistenza di indennità di disoccupazione eccessivamente generose). Si considerino anche le analisi di Esping Andersen 1999 e 2000, che sottolinea come non esistano evidenze empiriche che confermino un qualsiasi effetto della deregolamentazione del mercato del lavoro sui livelli della disoccupazione Per una ricostruzione dettagliata delle opinioni favorevoli e contrarie alla tesi della flessibilità del lavoro quale soluzione ai problemi dell'occupazione si vedano le approfondite analisi di Deakin, Wilkinson 1999, 587 ss. e Ashiagbor 2005, 33 ss. (a cui si rinvia per le numerose indicazioni sulla letteratura che nega il rapporto positivo tra flessibilità ed occupazione).

[582] OECD 1998, 31, 42 ss., secondo la quale la riduzione dei minimi salariali potrebbe agevolare l'occupazione dei giovani e dei lavoratori in formazione professionale, ma senza che sia dimostrabile un effetto positivo *generale* per tutti i lavoratori.

[583] OECD 1999a, 47 e 68 ss., che cita una serie di studi che dimostrano come la disciplina dei licenziamenti non ha effetti sul livello complessivo della disoccupazione ma sulla dinamica e sulla composizione della stessa (ad es. sul *turn over*) con una tesi confermata anche da altri autori (Sestito 1997, 48 ss.; Del Punta 2001, 19; Nickell 1997, 72; Esping Andersen 1999, 67; Perulli 2002, 357). Questa affermazione è stata ribadita in OECD 2004, 63. Si vedano anche le osservazioni di Ashiagbor 2005, 43 (nota 59), che cita studi teorici più recenti che hanno confermato l'opinione secondo la quale "EPL strictness has little or no effect on overall unemployment", e Boeri, Garibaldi 2005, 2 (con ulteriori citazioni bibliografiche).

"*ragionevole*" tutela contro i licenziamenti può avere conseguenze positive[584]. Si tratta, come si vede, di conclusioni contrastanti con le riforme del mercato del lavoro proposte da grandi istituzioni economiche internazionali, tutte finalizzate a destrutturate la disciplina esistente per i contratti standard[585].

La scarsa fondatezza di questo "mito" della flessibilità[586] trova, tra l'altro, piena conferma nella situazione italiana. Da tempo, infatti, vi sono studi che hanno confermato che in Italia "nel settore privato non agricolo dell'economia sin dalla fine degli anni Ottanta sia il turn-over dei lavoratori (pari alla somma dei lavoratori che nel corso di un anno sono assunti e si separano da un'impresa rispetto al totale dei lavoratori occupati), sia quello dei posti di lavoro (pari alla somma dei posti di lavoro creati e distrutti in un anno rispetto al totale dei posti di lavoro esistenti) sono tra i più elevati in Europa"[587]. Evidenze, queste, che escludono l'esistenza di un'eccessiva rigidità delle tutele degli *insiders* a scapito degli *outsiders*, particolarmente per quanto attiene alla disciplina dei licenziamenti individuali, che, evidentemente, non ostacola l'accesso al lavoro[588]. D'altra parte una simile conclusione trova conferma in altri elementi, quali l'enorme differenza nelle *performance* occupazionali nelle diverse aree del paese (ed a parità, ovviamente, della disciplina dei licenziamenti), che rende difficile attribuire alla *employment job protection* effetti così radicalmente diversi[589]. Oppure la mancanza di una "fuga dal lavoro subordinato" verso quello autonomo dovuto all'eccessiva rigidità delle normative sulla subordinazione, che costituiva un altro argomento "forte" a sostegno dei fautori della deregolazione del sistema[590]. Inoltre, le indagini empiriche sulle ragioni dell'uso dei contratti flessibili dimostrano che la loro utilizzazione da parte degli imprenditori per evitare le "strettoie" della disciplina in materia di licenziamenti sono

---

584 OECD 2004, 63, secondo la quale la legislazione protettiva sui licenziamenti "may foster long-term employment relationships, thus promoting workers' effort, co-operation and willingness to be trained, which is positive for aggregate employment and economic efficiency". Si rinvia, sul punto, alle osservazioni di Ashiagbor 2005, 43

585 Infatti, nonostante gli elementi prima indicati sia la Banca Centrale Europea (v. *retro* nota 127) sia l'Ocse sono assolutamente costanti nel raccomandare la necessità di introdurre una maggiore flessibilità nei mercati del lavoro in varie aree, come nell'ambito degli orari di lavoro, nel livello dei salari e del costo del lavoro e nella *employment protection legislation* (OECD 1999b, § 1).

586 Perulli 2006b, 193; Treu 2005, 418, che parla di un "approccio parziale e distorto" che "ha enfatizzato e moltiplicato le flessibilità, in particolare quelle con un'enfasi ideologica che sopravvaluta gli stessi bisogni di flessibilità manifestati dalle imprese".

587 Reyneri 2006a, 2. Questa opinione è sostenuta anche dal Cnel (2005, 113 ss.) che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (Contini, Trivellato 2005).

588 Il riferimento è alla nota teoria di Lindbeck, Snower 1988, secondo la quale l'eccesso di tutele a favore degli occupati renderebbe difficile l'accesso al mercato del lavoro dei disoccupati. Tesi che in Italia è stata fortemente sostenuta da Ichino 1996, 33 ss. e 105 ss.

589 Nella ultima Rilevazione sulle forze di lavoro dell'Istat (pubblicata il 20 dicembre 2006 e riferita al III trimestre 2006, in www.istat.it) si afferma che, a fronte di un tasso di disoccupazione nazionale del 6,1%, il Nord è al 3,8%, il Centro al 5,5% ed il Sud al 10, 7% e che il tasso di attività e di occupazione (che meglio sintetizzano le *performance* occupazionali) presentano differenziali molto forti nelle tre aree del paese. Situazione, questa, che caratterizza la realtà italiana da decenni e certamente da quando vi è la tutela "forte" in materia di licenziamenti.

590 Si è recentemente sottolineato che "l'insieme del lavoro indipendente *non* sta crescendo a discapito del lavoro dipendente, e dunque non ne sta erodendo l'area" (Accornero, Anastasia 2006, 2). Ma si vedano anche le osservazioni di Reynery 2006b, 573 e di Cnel 2005, 52 (secondo il quale, nel 2005, "la riduzione dell'occupazione autonoma è tra le più consistenti verificatesi negli ultimi trent'anni (Banca d'Italia 2006)". La tesi della fuga dal lavoro subordinato è stata sostenuta, tra i primi, da Ichino 1989, 231 ss.

estremamente ridotte quando non inesistenti[591]. Vi sono infine dati ed argomenti ulteriori che smentiscono la tesi qui criticata[592].

La creazione di nuovi modelli contrattuali costituisce, dunque, espressione di una impostazione del tutto ideologica[593], che intende fornire, attraverso una pluralità di schemi negoziali, la possibilità di bypassare le presunte rigidità del lavoro standard[594]. In realtà il "Libro Bianco" del Governo, che costituisce il "manifesto" della politica del diritto in materia di lavoro e che ha ispirato la legislazione analizzata, afferma l'esatto contrario[595]. Tuttavia, i comportamenti successivi non sono stati coerenti con le intenzioni dichiarate. Da un lato, infatti, non è un caso che articolazione tipologica e riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (considerato il vero emblema della tutela degli *outsiders* a scapito degli *insiders*) sono stati presentati come espressione di un unico disegno riformatore, anche se poi la modifica della disciplina dei licenziamenti è naufragata per la forte opposizione sindacale. D'altra parte, la varietà delle tipologie introdotte, le discipline per essi predisposte, la possibilità di un uso alternativo e senza limiti dei vari modelli negoziali hanno fornito *oggettivamente* alle imprese strumenti per evitare il ricorso al contratto standard e le (presunte) rigidità ad esso connesse.

La moltiplicazione degli schemi negoziali e la riforma di quelli esistenti con discipline più "flessibili", peraltro, si pongono anche obiettivi ulteriori, quali quelli di regolarizzare situazioni fraudolente di evasione dalla disciplina esistente[596]. Tuttavia una simile spiegazione si fonda, in primo luogo, sulla "enfatizzazione" del fenomeno elusivo, che è smentito dai dati empirici e non giustificava interventi così radicali. Inoltre, la logica di "trasparenza" del mercato del lavoro non può consistere nella "legalizzazione degli illeciti". Se è vero, infatti, che l'elusione può testimoniare l'inadeguatezza della disciplina esistente, essa può esprimere anche una volontà frodatoria che prescinde da qualsiasi adeguamento normativo. Senza contare, inoltre, che un intervento correttivo deve trovare un punto di equilibrio tra ragioni delle imprese ed esigenze di tutela del

---

591 In tempi recenti è stata effettuata una ricerca empirica che ha sottolineato che "la riduzione dei vincoli al licenziamento, spesso invocata nel dibattito politico – sociale, è invece l'ultimo dei motivi segnalati dagli interpellati" nel campione di ricerca quale motivazione dell'introduzione del lavoro flessibile (Accornero, Altieri, Oteri 2001, 62).

592 Basti pensare, tra gli altri, all'"errore dell'Ocse" che nel 2004 ha ammesso di aver attribuito un "indice di rigidità" nella disciplina dei licenziamenti in Italia eccessivamente elevato, perché "il trattamento di fine rapporto di lavoro non doveva essere considerato un costo di licenziamento, in quanto elemento di salario differito dovuto al lavoratore in ogni caso di rottura del rapporto" (Reyneri 2006a, 2 – 3). La conseguenza è che il nostro paese è passato dal 2,8% all'1,8% nell'indice. "L'Italia risulta così dalla fine degli anni '80 tra i paesi europei ove i rapporti di lavoro a tempo indeterminato sono meno protetti contro i licenziamenti individuali" (Reyneri 2006a, 3).

593 Questa osservazione, riferita al d.lgs. 276/2003, è comune a molti autori (Perulli 2006a, 733; Liso 2006, 304 e 309; Treu 2005, 418).

594 Si è giustamente sottolineato che la "moltiplicazione di forme flessibili in entrata del mercato del lavoro [….] appare frutto, al di là delle asserite 'buone intenzioni' del legislatore delegato, di una vistosa opzione ideologica, centrata sull'idea di flessibilità intesa non come mera 'tecnica' nell'ambito di un disegno di ricomposizione sistemica del lavoro 'in generale' (Perulli 2002), bensì quale 'criterio della regolazione ed al tempo stesso valore presupposto' (Mariucci 2004)" (Perulli 2006a, 732 – 733).

595 "Il miglioramento qualitativo del rapporto di lavoro deve avvenire mediante un uso corretto del contratto di lavoro a tempo indeterminato, evitando che si diffondono flessibilità in entrata per aggirare i vincoli o le tutele predisposte per la flessibilità in uscita" (Libro Bianco 2001, XII, XIII).

596 Perulli 2006a, 732. Si veda anche il Libro Bianco 2001: le nuove tipologie contrattuali dovrebbero avere la funzione di " 'ripulire' il mercato del lavoro dall'improprio utilizzo di alcuni strumenti oggi esistenti, in funzione elusiva o frodatoria della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato…" (XIII).

lavoratore e non introdurre nuovi istituti che rispecchino soltanto (o in misura del tutto prevalente) il bisogno di flessibilità nei costi e di riduzione delle tutele richieste dal sistema economico.

Le novità in tema di tipologie contrattuali sono talmente tante che di esse non è possibile fornire neppure una sommaria descrizione. In questa sede ci si limiterà a descrivere, in modo schematico, le principali innovazioni e le finalità perseguite dal legislatore.

Un primo importante cambiamento è costituito dalla riforma del contratto a tempo determinato. Lo scopo è quello di riconfermare l'esistenza della pluralità di contratti a termine già in vigore – molti dei quali privi della necessità di una specifica causale – con la previsione di un ulteriore modello – il contratto di inserimento – finalizzato a promuovere l'occupazione giovanile (e che di fatto sostituisce una delle tipologie di contratto di formazione e lavoro prima esistente)[597]. Inoltre, ed è questo il vero architrave di tutta la riforma, vi è la chiara volontà di slegare il rapporto a tempo determinato dalla necessità di realizzare esigenze temporanee, per trasformarlo in un mezzo per soddisfare necessità di lavoro stabile, come vera e propria alternativa al contratto standard[598].

Vi è poi la riforma integrale dei contratti formativi, con l'articolazione di diversi modelli di apprendistato, di cui quello professionalizzante dovrebbe costituire la figura più importante, e l'eliminazione del contratto di formazione e lavoro, che rimane in vigore soltanto per le amministrazioni pubbliche. Viene inoltre introdotta la figura dei tirocini estivi di orientamento (ma la disposizione è stata dichiarata incostituzionale)[599].

L'abrogazione della legge sul divieto di intermediazione di mano d'opera si accompagna alla introduzione di nuovi istituti (somministrazione di mano d'opera a tempo determinato ed indeterminato, distacco) che sono finalizzati ad ampliare le tipologie contrattuali che consentono la scissione tra titolare formale del rapporto di lavoro e suo utilizzatore. Al rapporto "binario" tra un lavoratore e un datore di lavoro se ne affianca uno "trilaterale", dove l'impresa utilizzatrice, con un costo mediamente più elevato rispetto a quello di un normale contratto di lavoro, coniuga i vantaggi della subordinazione con l'assenza dei relativi vincoli normativi[600]. Rispetto al lavoro temporaneo, che aveva ambiti applicativi più ristretti, i nuovi modelli contrattuali aumentano le possibilità di utilizzazione di questi strumenti. Viene, in sostanza, ampliata e rafforzata la separazione tra lavoro ed impresa che riceve direttamente i benefici della prestazione, in una logica commerciale di fornitura di un servizio piuttosto che nell'ambito tradizionale del vincolo di subordinazione.

La disciplina del part-time viene riformata in modo da garantirne un uso più flessibile a favore dell'impresa ma più penalizzante per il lavoratore in relazione al ricorso al lavoro supplementare, a quello straordinario ed anche per quanto attiene la modificazione della collocazione temporale della prestazione del lavoratore e l'incremento della sua durata (clausole flessibili ed elastiche).

---

[597] Ghera 2006a, 287 e 290.

[598] La Circolare esplicativa del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali del 1 agosto 2002 (in G.U. 13 agosto 2002 n. 189) è chiarissima nell'affermare che la temporaneità non costituisce un presupposto di legittima apposizione del termine, che potrà essere effettuata anche in presenza di ragioni non temporanee di carattere oggettivo, verificabili e senza finalità fraudolente o discriminatorie. In pratica, anche per esigenze stabili di lavoro.

[599] C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, *FI*, 2006, I, 365 ss. (in particolare 398).

[600] Le considerazioni svolte si riferiscono, ovviamente, alla somministrazione e non al distacco.

Si crea inoltre la nuova figura del lavoro intermittente (o a chiamata) nella quale la modulazione del tempo di lavoro è pensata per soddisfare *just in time* le esigenze dell'impresa, in una condizione di accentuata disponibilità personale del lavoratore (remunerato in misura ridotta nei periodi di attesa) e che, nei casi di prestazioni per periodi predeterminati, perde anche l'indennità di disponibilità qualora non vi sia l'effettiva chiamata del datore di lavoro. Con il lavoro ripartito, due lavoratori assumono in solido la responsabilità dell'adempimento dell'intera obbligazione e, a meno che non vi siano diverse regole convenzionalmente stabilite, possono concordare liberamente la ripartizione dell'orario, la sua collocazione temporale e la reciproca sostituzione. La legge, inoltre, introduce una disciplina particolare per quanto attiene il rischio dell'impossibilità della prestazione, con una normativa che suscita notevoli dubbi interpretativi.

Le esternalizzazioni dei processi produttivi vengono regolati in modo organico attraverso la disciplina della somministrazione ma, anche e soprattutto, con la riforma della nozione di trasferimento di ramo d'azienda e con l'introduzione di una specifica nozione lavoristica di appalto di opere o di servizi. Il nuovo quadro normativo è diretto a facilitare la segmentazione dell'impresa con operazioni che tendono a rendere più agevoli i processi di *outsourcing* ed a costi inferiori. Inoltre la combinazione tra trasferimento del ramo e l'appalto è in grado di garantire che le medesime funzioni siano svolte con il personale originariamente appartenente all'impresa che esternalizza, la quale può utilizzare gli stessi lavoratori in precedenza alle proprie dirette dipendenze senza i vincoli della subordinazione e con oneri economici potenzialmente inferiori.

Al fine di ridurre i fenomeni elusivi connessi alla diffusione di lavoro autonomo nella forma delle collaborazioni continuative e coordinate, l'istituto previsto dall'art. 409 c.p.c. (e da altre leggi speciali) viene conservato soltanto per il lavoro pubblico. Nel settore privato, al contrario, esso viene sostituito da un contratto di natura temporanea e legato alla realizzazione di "uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso", con l'introduzione di una disciplina particolare. Il nuovo modello contrattuale è, per alcuni aspetti, peggiorativo della normativa previgente prevista per le ordinarie collaborazioni autonome a tempo determinato e, per opinione concorde di molti interpreti, non ha una capacità "selettiva" che consenta di stroncare l'abuso del lavoro autonomo in sostituzione di quello subordinato.

Infine, molti dei nuovi schemi negoziali non si applicano al lavoro pubblico, per il quale rimangono in vigore vecchi istituti (il contratto di formazione e lavoro, le collaborazioni continuative e coordinate) e se ne estendono solo alcuni di nuova creazione (somministrazione a tempo determinato).

Si tratta, come ben si vede, di una vera e propria "rivoluzione tipologica" che, oltre ad aggiungere nuovi modelli contrattuali, riforma i contratti già esistenti in modo significativo.

8. L'incremento delle tipologie contrattuali, gli effetti sul sistema del diritto del lavoro e la necessità di una diversa regolazione in materia

L'arricchimento dei modelli contrattuali è un processo di lunga durata, iniziato – per alcuni aspetti – sin dalla fine degli anni '70[601] e nel decennio successivo, ma che ha avuto un'accelerazione straordinaria particolarmente nei primi anni del XXI secolo. Si tratta di una modifica radicale del

[601] Risale al 1977 la prima legge sul contratto a termine con finalità formative per favorire la formazione e la promozione dell'occupazione.

quadro giuridico complessivo che sollecita alcune riflessioni sull'impatto che tali innovazioni hanno determinato sul diritto del lavoro. Impatto che può essere meglio valutato anche in base ai risultati messi in evidenza dalle numerose indagini empiriche che ormai vengono effettuate da vari istituti di ricerca (Istat, Cnel, Isfol, Excelsior, Censis ecc.) in relazione al mercato del lavoro.

Una prima considerazione è quella secondo la quale "il mercato del lavoro è …costituito da un sistema eccessivamente complesso e confuso di tipologie contrattuali"[602], introdotte soprattutto con una legge (il d.lgs. 276/2003) caratterizzata da "scadente qualità", che si sostanzia nella "confusa complessità e oscurità di molti disposti" e nella "non infrequente violazione della grammatica del diritto e, talvolta, della logica"[603]. Ma la complessità del sistema non contrasta soltanto con esigenze di armonia dell'ordinamento e con difficoltà interpretative o applicative. Essa accentua la tendenza alla frammentazione e segmentazione del mercato del lavoro. Si è sottolineato che "l'effetto combinato tra l'introduzione di forme di flessibilità occupazionale e la stagnazione della crescita economica registrata negli ultimi anni ha introdotto, per alcuni profili dell'offerta di lavoro, un aumento del rischio di instabilità dell'occupazione e di segmentazione della forza lavoro"[604]. La frammentazione del mercato del lavoro può anche essere determinata da modifiche nei modi di produrre e di lavorare oltre che da fenomeni elusivi. Tuttavia "fino a quando il legislatore continuerà a rincorrere il mercato, perderà sempre. La legislazione sarà sempre in ritardo ed il mercato del lavoro sarà sempre in grado di generare nuove forme contrattuali non previste dall'ordinamento vigente e quindi non soggette a particolari obblighi"[605].

Proprio per evitare questo fenomeno di "rincorsa" il legislatore dovrebbe operare con modalità assai differenti. Attraverso l'utilizzazione degli studi e delle ricerche empiriche, occorrerebbe "sondare" le caratteristiche e le novità che emergono dal mercato del lavoro per verificare se e in che misura occorre aggiungere nuove tipologie contrattuali o modificare quelle esistenti. Poi, una volta individuate le esigenze oggettive provenienti dalle imprese e dai lavoratori, occorrerebbe procedere ad una regolamentazione delle tipologie che non accentui la frammentazione dei "lavori" e dei contratti, ma persegua la finalità di una ricomposizione del mondo del lavoro. In sostanza, oltre a reprimere o disincentivare quei fenomeni di segmentazione del mercato che esprimono una volontà elusiva, occorrerebbe creare discipline giuridiche diverse, che tengano conto della funzione di specializzazione che le tipologie contrattuali devono svolgere. Questa esigenza, tuttavia, deve essere realizzata senza creare differenti status di subordinazione basati su regimi giuridici "deboli" rispetto a quello proprio del modello standard, che a loro volta sollecitano la "fuga" delle imprese verso tipologie contrattuali meno garantite.

Non è certamente questa la strada seguita dal legislatore. Si pensi, ad esempio, a tutte le normative che escludono i contratti atipici dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti

---

602 Perulli 2006b, 193.

603 Liso 2006, 301.

604 Cnel 2006, 97. La segmentazione del mercato del lavoro è sostenuta anche dalla Commissione Europea (2006, 6).

605 Garibaldi 2002, 2.

collettivi per l'applicazione di particolari discipline ed istituti[606]. Queste disposizioni, che perseguono la comprensibile finalità di incentivare l'utilizzazione dei modelli contrattuali, creano *oggettivamente* una differenziazione normativa che, se da un lato agevola il ricorso al contratto, dall'altro ne sottolinea la distinzione con il modello standard e favorisce operazioni di ulteriore frammentazione del mercato del lavoro. In tale contesto, tra l'altro, le varie disposizioni che garantiscono la parità di trattamento e che dovrebbero impedire un'eccessiva differenziazione normativa[607] sono del tutto insufficienti se accompagnate da altre norme che, di fatto, realizzano uno status normativo talmente derogatorio rispetto a quello generale da porre il lavoratore atipico in una situazione di particolare debolezza contrattuale[608].

In realtà, la ricomposizione del mondo del lavoro passa attraverso la costituzione di un unitario *floor of rights and obligations* per tutti i lavoratori atipici[609]. In sostanza occorre coniugare la specializzazione del tipo contrattuale diverso da quello standard - che deve avere caratteri e disciplina che rispecchino le peculiarità delle forme di lavoro che si vogliono regolare[610] – con una normazione di base che, oltre ad assicurare diritti fondamentali, escluda la possibilità di una "potenziale concorrenzialità" tra modello contrattuale generale e quelli "atipici" basata sulle riduzioni di tutele normative e sul risparmio dei costi. Inoltre, è necessario attribuire ai lavoratori, oltre alle garanzie minime "nel contratto", anche tutele specifiche "nel mercato del lavoro", con particolare riferimento a forme di sostegno del reddito nei periodi di disoccupazione, alla possibilità di riqualificazione professionale ed alla concessione di altre *facilities* dirette a favorire il reingresso o la permanenza nell'occupazione[611].

La complessità del sistema, peraltro, richiede anche una riduzione delle tipologie, con l'eliminazione di quelle non rispondenti alle necessità del mercato o le cui esigenze possono essere già soddisfatte dai modelli contrattuali esistenti[612]. Il tutto, ovviamente, tenendo in considerazione non solo la situazione delle imprese ma anche gli interessi dei lavoratori. In tale ambito, vi sono ricerche che hanno messo in evidenza la scarsissima utilizzazione di alcuni contratti recentemente introdotti dal legislatore. È questo il caso della somministrazione a tempo indeterminato che, secondo uno studio realizzato dalla Confindustria nel 2004, non sembra "andare incontro alle

---

606 Si vedano, tra gli altri, l'art. 53, comma 2, d.lgs. 276/2003 per l'apprendistato; l'art. 59, comma 2, d.lgs. 276/2003 per il contratto di inserimento; l'art. 21, comma 5, d.lgs. 276/2003 per la somministrazione. Queste norme, che non esauriscono tutte quelle esistenti, costituiscono una tecnica in uso ormai da molti anni.

607 Cfr., tra le altre, quelle indicate nel precedente paragrafo 6 (testo e nota 92).

608 Alcuni spunti in coerenza con quanto indicato nel testo anche in Sciarra 2004, 51, 86, con riferimento al part time ed ai contratti a termine.

609 In tal senso anche Sciarra 2004, 51 e 57, in relazione a differenti forme di contratto a termine, inclusa la somministrazione, ma con una conclusione estensibile a tutti i contratti atipici. Quest'ultima è, in particolare, anche l'opinione di Perulli 2006b, 199.

610 Carabelli 2004, 82, sottolinea come i contratti speciali debbano svolgere "funzioni specializzate", in coerenza con l'uso che ne è fatto dalle aziende e che è messo in evidenza da una ricerca empirica da lui citata.

611 Sciarra 2004, in relazione alla nozione di lavoro economicamente dipendente, afferma che dovrebbe essere introdotto "a network of benefits and facilities, mostly related to the life cycle (accession to pension funds, accession to special bank credits, social security benefits, mobility allowances, training facilities, pregnancy and parental leaves, childcare facilities)" (86). Conclusioni che, ovviamente sono estensibili a tutte le forme contrattuali atipiche.

612 Treu 2005, 419, secondo il quale si dovrà procedere alla "abrogazione delle forme deregolative che moltiplicano le tipologie precarizzanti, in particolare quelle del lavoro a chiamata e dello *staff leasing*".

esigenze organizzative e alla particolare attività svolta dalle aziende intervistate"[613]. Ad analoghi risultati giungono le indagini effettuate dal Cnel e dall'Isfol, in relazione non soltanto allo *staff leasing*, ma anche per il lavoro ripartito ed il lavoro a chiamata, la cui ridotta utilizzazione è collegata alla loro scarsa utilità ed alla difficoltà della loro applicazione sia nei confronti dei lavoratori che delle organizzazioni sindacali interne[614]. Simili considerazioni possono essere estese al lavoro intermittente che, a parte l'introduzione di una disciplina che rende fortemente precario questo tipo di contratto, è stato giustamente ritenuto "superflu(o), considerando l'accentuata flessibilità nel contempo introdotta nel lavoro a tempo parziale"[615]. In realtà, i contratti sopra descritti sono stati inseriti nel sistema senza alcuna considerazione delle sue effettive esigenze ed in base all'impostazione ideologica in precedenza descritta, che tende a fare dei contratti flessibili uno strumento per eliminare le presunte rigidità connesse alla regolazione del contratto standard.

Inoltre, il legislatore non considera che molte delle innovazioni da lui introdotte non solo producono una duplicazione di istituti, ma ne rendono superflui altri. È questo il caso della somministrazione che, in base ad un'analisi economica del modello contrattuale, può garantire una maggiore efficienza in relazione all'attività preparatoria precedente a quella dell'esecuzione della prestazione[616]. In particolare questo contratto sarebbe utile per la sua capacità di reperimento e di selezione dei lavoratori, per la formazione del personale e la gestione amministrativa dei rapporti di lavoro[617]. Tuttavia, le funzioni in precedenza descritte possono essere svolte dalle agenzie per il lavoro che, in base alla disciplina introdotta proprio dal d.lgs. 276/2003, possono anche operare in tale ambito e senza necessità, quindi di creare un rapporto trilatero tra somministratore, impresa utilizzatrice e lavoratore[618]. Inoltre, la stessa gestione amministrativa dei contratti di lavoro può essere soddisfatta con un appalto di servizi, oggi espressamente regolato dal medesimo decreto legislativo, stipulato con un'agenzia o altra impresa specializzata. Tra l'altro queste attività possono essere realizzate con costi inferiori rispetto alla fornitura di lavoro a tempo determinato o indeterminato[619]. Gli studi empirici, poi, dimostrano che la somministrazione a termine è usata in via prevalente per commesse straordinarie e progetti temporanei, o per la sostituzione di lavoratori assenti[620]. Queste esigenze possono certamente essere soddisfatte con la nuova

---

[613] Confindustria 2004, 16. Anche se vengono formulate altre ipotesi sulla scarsa diffusione dell'istituto ("appare opportuno però evidenziare che lo *staff leasing* è divenuto operativo solamente nel corso del 2004 a seguito dell'emanazione delle necessarie disposizioni applicative: 16), la ricerca sottolinea anche come la normativa non sia stata utilizzata a causa delle difficoltà tecniche connesse alla sua applicazione e ai problemi nei rapporti con i lavoratori coinvolti o con i sindacati (16).

[614] Cnel 2006, 140 – 141. Analoghe conclusioni in Confindustria 2004 per il lavoro a chiamata e ripartito.

[615] Liso 2006, 302.

[616] Ichino 2000, 384 ss.

[617] Questo istituto può consentire "una rilevante risparmio dei costi di transazione relativi all'acquisizione della forza lavoro, soprattutto quando il mercato locale sia povero di canali di incontro fra domanda e offerta di manodopera, oppure quando la complessità degli adempimenti amministrativi imposti dall'ordinamento alla costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro renda vantaggioso l'affidamento delle relative pratiche a un operatore specializzato" (Ichino 2000, 386 – 387).

[618] In sostanza, le agenzie potrebbero svolgere le attività di selezione e formazione senza dover assumere i lavoratori per poi inviarli in missione presso terzi.

[619] Per l'approfondimento di tali aspetti mi permetto di rinviare a Speziale 2006, 24 – 25.

[620] Cnel 2006, 138. I dati della Confinterim, l'associazione che raggruppa le imprese di somministrazione di manodopera e che sono reperibili nel sito www.confinterim.it, sono eloquenti: nel 2002 i motivi di ricorso al lavoro temporaneo sono per il 75% per "punte di lavoro" e per il 17% "per sostituzione di lavoratori assenti", con percentuali rispettivamente del 78% è del 16% nel 2003. D'altra parte,

disciplina del contratto a tempo determinato, in quanto la causale economica od organizzativa che ne giustifica la stipulazione ricomprende certamente le esigenze temporanee in precedenza descritte[621] e senza oltretutto i costi assai elevati della somministrazione, che costituiscono una delle motivazioni principali della mancata utilizzazione di questo istituto[622]. In questo modo, tra l'altro, si eviterebbe che la somministrazione si riduca ad essere utilizzata soltanto per eludere tutti i vincoli normativi che nascono dalla relazione diretta tra datore di lavoro e lavoratore[623].

In sostanza, per tutte le ragioni indicate, vi sono le condizioni per procedere all'abrogazione di molte delle tipologie contrattuali descritte al fine di evitare istituti inutili o la duplicazione di quelli esistenti.

Le ricerche empiriche mettono in evidenza anche l'alterazione funzionale di molti schemi negoziali, che sono utilizzati per scopi assolutamente diversi rispetto alle finalità regolative di ciascun modello contrattuale e che sollecitano quindi interventi riformatori.

La somministrazione a tempo determinato, il contratto a termine e di inserimento e persino il lavoro a progetto o le collaborazioni continuative e coordinate (seppure in misura minore) sono spesso utilizzate quale periodo di prova, per testare le capacità personali e professionali del lavoratore[624]. Si tratta, ovviamente, di finalità che sono del tutto estranee alla causa dei contratti (se intesa nella sua nozione tradizionale di funzione economico sociale)[625] o comunque con i presupposti giustificativi dei rispettivi modelli contrattuali, con un uso distorto che è comune anche ai contratti di formazione e lavoro. Questa situazione rivela l'inadeguatezza della disciplina attualmente esistente sul periodo di prova, rimessa soprattutto alla contrattazione collettiva. È opportuna, dunque, una modifica normativa, che tenga conto sia dell'accresciuto patrimonio di competenze necessarie per molti lavori, che richiedono test più prolungati sulle capacità lavorative, sia della maggiore importanza, nell'organizzazione imprenditoriale, della collaborazione nell'esecuzione della prestazione. Tutti questi elementi richiedono periodi temporali superiori per verificare la compatibilità tra caratteristiche personali del dipendente ed ambiente di lavoro. La soluzione potrebbe essere costituita da una norma di carattere generale che obblighi i contratti collettivi, con disposizione di legge inderogabile *in melius*, a prevedere periodi minimi di esperimento del lavoratore più lunghi e graduati in relazione alle differenti professionalità da saggiare.

Confindustria 2004 sottolinea che la somministrazione a termine è servita "per rispondere alla variabilità della domanda di mercato di brevissimo periodo": 16.

[621] Speziale 2001, 378 ss.; Id. 2002, 427 ss. Per un riepilogo delle varie opinioni si veda anche Menghini 2006, 701 ss. (che accoglie la tesi della temporaneità). Mi sembra indiscutibile, peraltro, che anche la tesi contraria (secondo la quale le esigenze temporanee non sarebbero necessarie: vedi gli a. citati da Menghini 2006, 703) a maggior ragione consente la stipula del contratto a fronte di tali situazioni.

[622] Cnel 2006, 138.

[623] L'elusione può riguardare, in particolare, la possibilità di evitare la disciplina dei licenziamenti (che riguarderebbe l'agenzia e non l'utilizzatore) e di sostituire in qualsiasi momento un dipendente somministrato e non gradito all'impresa utilizzatrice (ad esempio anche se malato), in spregio anche ad alcune tutele di natura costituzionale.

[624] In tal senso Cnel 2006 per il contratto a termine (58), quello di inserimento (124), e per il lavoro a progetto e le collaborazioni continuative e coordinate. (136). Analoghi risultati, in relazione al rapporto a tempo determinato e le collaborazioni occasionali in Accornero, Altieri, Oteri 2001, 63.

[625] Secondo la nota teoria di Betti (v. *retro* nota 8), tra l'altro accolta dalla giurisprudenza (Cass. 4 aprile 2003, n. 5324; Cass. 20 novembre 1992, n. 12401 e molte altre). Sulle varie teorie in tema di causa del contratto, oltre a quanto affermato nella nota 8, v. Di Majo 1988, 1 ss.; Giorgianni 1960, 547 ss.; Marinelli 1995, 327 ss.; Alpa 1995, 1 ss.

Un ulteriore elemento di alterazione funzionale dei contratti è rinvenibile nell'utilizzazione di alcuni di essi per sopperire ad esigenze di riduzione dei costi della subordinazione. È questo il caso del contratto di inserimento ed anche delle collaborazioni continuative e coordinate[626]. Anche in queste ipotesi, ovviamente, i contratti sono "deviati" dalla loro finalità regolativa originaria. Il problema dell'eccessivo costo del lavoro deve sicuramente essere affrontato con una politica che tenga conto delle esigenze di finanziamento del sistema pensionistico e dell'equilibrio della finanza pubblica. Tuttavia non vi è dubbio che, in primo luogo, è necessario porre fine al sistema "ipocrita" di ideare un contratto con certe caratteristiche e finalità ("formazione", "inserimento professionale", ecc.) che, al contrario, si propone soltanto di fornire alle imprese rapporti di lavoro a temine speciali (che derogano la disciplina generale) e l'autorizzazione a remunerare in forma ridotta i lavoratori. In questi casi, al di là dei modelli contrattuali creati, la vera finalità perseguita è quella di consentire l'aggiramento dei vincoli normativi connessi al contratto standard e di permettere risparmi nel costo del lavoro. Quest'ultima finalità, peraltro, non può essere ottenuta mediante il sottoinquadramento contrattuale del lavoratore e con riduzioni del salario, ma per mezzo di incentivi economici.

Da questo punto di vista particolarmente significativa è l'esperienza del credito d'imposta previsto dall'articolo 7 della legge 388/2000. Questa disposizione consentiva di ridurre il carico fiscale per l'impresa a condizione di assumere lavoratori con contratto a tempo indeterminato. Si è sottolineato che "la presenza dell'incentivo fiscale ha favorito la sostituzione di forme di lavoro a termine con contratti a tempo indeterminato o perlomeno ha indotto le imprese ad anticipare una stabilizzazione dei rapporti di lavoro che avrebbero comunque fatto, sia pure in tempi un po' più lunghi"[627]. Inoltre "l'impossibilità di utilizzare gli incentivi previsti sia dal vecchio CFL che dal credito d'imposta, unita alla fase di stagnazione dell'economia iniziata nei primi anni del decennio, ha indotto le imprese ad utilizzare forme di contratto più flessibili, generando una ripresa delle forme di occupazione autonoma e parasubordinata"[628]. Queste considerazioni dimostrano, senza ombra di dubbio, la correlazione diretta tra riduzione del costo del lavoro ed utilizzazioni di contratti standard o flessibili, a dimostrazione di come tale fattore sia determinante nella scelta della tipologia contrattuale ben oltre qualsiasi vincolo di natura normativa. Quella degli incentivi economici e della riduzione dei costi è la strada da seguire per evitare utilizzazioni improprie dei contratti atipici e per perseguire finalità di stabilità occupazionale senza incidere sui diritti (anche economici) dei lavoratori. In tal senso sembra stiano muovendo alcuni recenti interventi normativi[629].

Un'azione diretta a ridurre i costi (e non le retribuzioni) di un contratto per favorire l'inserimento nel mondo del lavoro potrebbe, tra l'altro, trovare fondamento nel fatto che i giovani hanno difficoltà a trovare una nuova occupazione perché, anche se hanno una formazione teorica adeguata, tuttavia sono in possesso di una scarsa "professionalità pratica" e di una produttività più

---

[626] In tal senso v. Cnel 2006, 97 in relazione ai contratti flessibili e Commissione Europea 2006, 8, per il lavoro autonomo.

[627] Cnel 2006, 102.

[628] Cnel 2006, 102.

[629] Si vedano, ad esempio, le norme sul "cuneo fiscale" previsto dall'art. 1, commi 266 – 269, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, in base alle quali è stata introdotta una deduzione dall'Irap in cifra fissa nel caso di lavoratori assunti a tempo indeterminato nel periodo d'imposta.

ridotta rispetto ad un lavoratore ordinario, dovuta alla minore esperienza e capacità[630]. Questa soluzione, inoltre, servirebbe ad evitare un'altra evidente alterazione funzionale dei contratti a contenuto formativo, che spesso vengono utilizzati per ragioni che con la formazione non hanno nulla a che fare e solo per utilizzare i benefici normativi e di costo connessi a tali schemi negoziali[631]. Per risolvere il problema occorrerebbe, in primo luogo, distinguere nettamente tra "un contratto di primo impiego o di inserimento lavorativo" che, operando sul costo del lavoro, recuperi il gap di produttività del giovane lavoratore ed i contratti formativi[632]. Questi ultimi dovrebbero avere una durata predeterminata legata al tipo di formazione da effettuare, che dovrebbe essere svolta sia all'interno che all'esterno dell'azienda ed essere certificata da soggetti pubblici o privati specializzati. Occorrerebbe inoltre stabilire un numero massimo di contratti formativi, con lo stesso o con diversi datori di lavoro e relativi anche a professionalità differenti, per evitare l'abuso della formazione ed imporre al lavoratore uno stato di perenne "precarietà formativa". Inoltre, sia nel caso dell'inserimento che della formazione bisognerebbe introdurre incentivi economici per agevolare la stabilizzazione in un rapporto a tempo indeterminato. Non va dimenticato, infatti, che all'incremento notevole dei contratti flessibili per i giovani[633] si accompagna anche il fatto che si tratta di "occupazioni davvero molto precarie, dentro le quali inoltre non pochi giovani rischiano di essere intrappolati"[634], con possibilità molto ridotte di passare da uno (o più) rapporti instabili ad uno a tempo indeterminato[635]. La "trappola" della precarietà deve dunque essere evitata con la riqualificazione funzionale dei contratti – distinguendo nettamente quelli finalizzati a promuovere l'inserimento del giovane nel lavoro dai rapporti a contenuto formativo – e garantendo benefici fiscali e contributivi ai datori di lavoro che trasformano i contratti flessibili in rapporti stabili.

Una "deviazione" della causa del contratto è sicuramente rinvenibile nell'utilizzazione delle collaborazioni continuative e coordinate e del lavoro a progetto. Il tema verrà affrontato anche nell'analisi sulla riforma del lavoro subordinato (si veda il § 10). Qui è utile sottolineare come le ricerche empiriche hanno sottolineato che "oltre il 90% dei collaboratori ha un unico committente; l'81% svolge la propria attività lavorativa presso la sede dell'impresa committente; oltre il

---

630 Si é rilevato, tra l'altro, che in Italia "tra i giovani della generazione post – fordista i più istruiti non sono meno esposti ai rischi della precarietà occupazionale, come accadeva in passato" (Reyneri 2006a, 8; Id. 2006b, 572).

631 Il Cnel (2006, 120) sottolinea, ad esempio, che, in relazione al contratto di apprendistato, "per una quota ragguardevole di imprese (17,4%), la motivazione prevalente è legata all'abbattimento del costo del lavoro ottenuta grazie agli incentivi fiscali previsti".

632 La mia proposta non ha nulla a che vedere con la nuova tipologia contrattuale recentemente introdotta in Francia, che prevede un periodo di prova biennale durante il quale vi è piena libertà di licenziamento (v. Cnel 2006, 190). Il nuovo istituto ha sollevato forti proteste.

633 La Banca D'Italia (2006, 42) rileva che, ad esempio, in relazione ai contratti a termine, "tra i giovani (15 – 29 anni) la quota dei contratti a tempo determinato ha raggiunto il 26,4% del totale dei dipendenti, dal 24,3 per cento nel 2004", con un dato che, se inclusivo delle collaborazioni continuative e coordinate e prestazioni occasionali, raggiunge "quasi il 50 per cento per i lavoratori con meno di 30 anni (era il 46,4 nel 2004)".

634 Reyneri 2006a, 7 – 8.

635 In tal senso molto significativi sono i dati citati da Reyneri 2006a, secondo il quale "i dipendenti a termine, i collaboratori e i prestatori d'opera occasionali hanno una probabilità di cadere nella disoccupazione da 2 a 8 volte superiore a quella dei lavoratori dipendenti a tempo indeterminato e dei lavoratori indipendenti tradizionali" (8). Il Cnel (2006, 100) sottolinea, per il biennio 2004 – 2005 e sempre con riferimento ai dati sulle conversioni dei contratti a termine in rapporti permanenti, "alcuni segnali di una progressiva precarizzazione dell'occupazione, specialmente tra i giovani (…)". La difficoltà di conversione in rapporti stabili dei contratti a tempo determinato era stata già rilevata da Barbieri P. 2002, 28 ss. (con riferimento a dati della metà degli anni '90).

60% non decide autonomamente l'orario di lavoro"[636]. Si tratta, evidentemente, di collaborazioni (anche a progetto)[637] che spesso (anche se non sempre) nascondono un lavoro subordinato. Il fenomeno dei co.co.co. era stato enormemente sopravvalutato per effetto di errori nella rilevazione statistica e nella loro assimilazione a tutti i lavoratori iscritti alla gestione di previdenza obbligatoria istituita preso l'Inps per i lavoratori parasubordinati, con dati che superavano i tre milioni di unità[638]. In realtà i veri e propri collaboratori (anche a progetto) erano, nel 2005, solo 457 mila, se si escludono figure a loro assimilate dal punto di vista previdenziale ma con caratteristiche lavorative completamente diverse (amministratori di società, revisori dei conti, professionisti)[639]. Non vi è dubbio, peraltro, che una parte consistente di essi opera in condizioni proprie della subordinazione e per finalità diverse (periodo di prova, riduzione del costo del lavoro, attività temporanee, professionalità innovative o che non sono parte del *core business*)[640]. In tale ambito, la recente vicenda dei *call center*, caratterizzati da attività telefoniche effettuate da addetti - in prevalenza giovani e donne - che hanno sottoscritto contratti a progetto ma che svolgono il proprio lavoro con modalità esecutive proprie della subordinazione, è un altro tipico esempio dell'uso distorto delle collaborazioni continuate e coordinative[641].

La disciplina del lavoro a progetto intendeva ridurre in modo drastico l'uso fraudolento di questa tipologia contrattuale, sul presupposto che si fosse in presenza di una "fuga dal lavoro subordinato", in realtà smentita da varie analisi sul mercato del lavoro[642]. La questione dei *call center* sopra accennata è un chiaro esempio della inidoneità del nuovo istituto introdotto dal d.lgs. 276/2003 a svolgere una funzione di repressione delle collaborazioni che simulano la subordinazione[643]. Tale esito non deve stupire. Sin dall'emanazione della nuova tipologia contrattuale, vi è stato un ampio consenso sull'inattitudine del "progetto, programma o fase di esso" a svolgere una effettiva capacità selettiva della fattispecie che ne consenta una distinzione con il lavoro subordinato. Senza contare l'inadeguatezza della disciplina prevista dagli artt. 61 ss. del d.lgs. 276/2003 a fornire un'adeguata tutela ai collaboratori[644].

La riforma della materia potrebbe forse essere realizzata nell'ambito di una ridefinizione generale della fattispecie lavoro subordinato, di cui si parlerà in seguito. Peraltro, se si intendesse agire in una prospettiva meno ampia, sarebbe necessario procedere all'abrogazione del lavoro a progetto[645]. Successivamente, nell'ambito dell'attuale definizione dei collaboratori continuativi e

---

636 Cnel 2006, 134. In tale ambito si rinvia anche alle considerazioni critiche di Reyneri 2006a, 6 ss. e 2006b, 574.

637 I dati Cnel citati nella nota precedente si riferiscono sia ai vecchi co.co.co che al nuovo istituto ed analoghe rilevazioni sono state svolte dall'Isfol.

638 Reyneri 2006a, 6; Ghera 2006b, 3, nota 1; Cnel 2006, 133, che riferisce i dati Inps sulla gestione separata (3.373.339).

639 Cnel 2006, 133, che cita i dati Istat. Ma le cifre sono le stesse ("circa 400 mila") anche in rapporto al 2004: si vedano le rilevazioni del Cnel (2005, 57), che riporta i dati Istat pubblicati nel marzo 2005.

640 Si vedano le motivazioni pubblicate da Cnel 2006, 136.

641 Perulli 2006a, 743 ss. a cui si rinvia per una analitica ricostruzione di tutta la vicenda, ivi compresa la recente Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale che ha cercato di fornire linee guida per ridurre il fenomeno elusivo.

642 Cfr. *retro* nota 140.

643 Perulli 2006a, 743.

644 L'inidoneità della nuova fattispecie a svolgere una capacità selettiva è stata sottolineata da Proia 2003, 666 ss.; Lunardon 2004, 21 ss.; Pedrazzoli 2004, 694 ss.; Id. 2006, 121 ss.; Perulli 2005, 720; Id. 2006a, 741; Id. 2006b, 199 ss.; Ghera 2006b, p. 33 ss.

645 In tal senso Perulli 2006a, 748; Id. 2006b, 201.

coordinati prevista dall'articolo 409 c.p.c., che non andrebbe modificata (anche perché ormai consolidata nell'interpretazione giurisprudenziale), occorrerebbe prevedere l'esistenza di due contratti di collaborazione, uno a termine, per esigenze temporanee, e uno a tempo indeterminato. La reiterazione dei rapporti a tempo determinato, possibile soltanto per soddisfare necessità di lavoro temporaneo, dovrebbe essere consentita solo entro un limite quantitativo massimo, con obbligo, in caso di suo superamento, di utilizzare collaborazioni senza scadenza finale[646]. Bisognerebbe poi prevedere il medesimo costo contributivo del lavoro subordinato per non stimolare convenienze finalizzate ad eludere gli oneri economici della subordinazione[647] e garantire tutele adeguate per malattia, infortunio e gravidanza più incisive di quelle attuali, oltre a riformare altri aspetti dell'attuale disciplina che si sono rivelati particolarmente lacunosi[648]. Infine, a parte la possibilità di recedere nelle collaborazioni a termine soltanto per giusta causa, il recesso del committente nei contratti a tempo indeterminato dovrebbe essere consentito soltanto in presenza di ragioni giustificative di carattere personale od economico, con la previsione, in mancanza di idonea giustificazione, di un'indennità risarcitoria modulata sulla lunghezza del servizio prestato. Per evitare che in ogni caso le collaborazioni, anche se con costi pari alla subordinazione, stimolino fenomeni elusivi connessi all'inesistenza dei vincoli normativi propri del lavoro subordinato, sarebbe opportuno che l'indennità risarcitoria in caso di recesso ingiustificato avesse una certa consistenza economica. Infine, la disciplina descritta dovrebbe essere prevista soltanto per le collaborazioni effettuate in una situazione di "dipendenza economica", stabilita in base a caratteri particolari - come ad esempio la monocommittenza e gli altri elementi individuati dalle ricerche empiriche prima analizzate - o ad indici economici[649].

Un altro esempio di alterazione funzionale del contratto di lavoro è quello dell'utilizzazione del lavoro temporaneo e delle collaborazioni continuative e coordinate come strumento di incremento degli organici nel lavoro pubblico[650]. In questi casi i blocchi nelle assunzioni e nel turnover hanno indotto le P.A. ad utilizzare le forme contrattuali atipiche come mezzo per fare fronte alle proprie esigenze ordinarie di lavoro. Inoltre, a parte le necessità oggettive dettate da espressi divieti o limitazioni legislative nelle assunzioni (sempre finalizzate ad esigenze di bilancio e di contenimento della spesa pubblica), "l'abuso" di questi schemi negoziali è legato anche alla impossibilità di trasformare i contratti atipici, anche se privi dei presupposti giustificativi, in rapporti di lavoro stabili presso le amministrazioni. La particolare disciplina in materia, prevista dall'art. 36,

---

[646] Anche Perulli 2006a, 751 ritiene che si "dovrebbe prevedere un limite temporale alla reiterazione dei contratti per evitare la possibilità di una catena a durata illimitata". Ritengo, peraltro, che anche il carattere temporaneo dell'esigenza giustificativa del termine debba essere ribadito. Ed il tetto quantitativo potrebbe essere riferito sia al numero dei rapporti a termine reiterabili che alla durata massima complessiva (con una previsione che eventualmente preveda in alternativa i due limiti).

[647] La legge finanziaria 2007, che ha innalzato l'aliquota contributiva dal 18% al 23% (art. 1, comma 770, l. 296/2006) procede in questa direzione, anche se l'adeguamento mi sembra del tutto inidoneo a svolgere l'effetto di deterrenza indicato nel testo, in considerazione delle ancora notevoli diversità tra i costi della parasubordinazione e quelli della subordinazione propriamente detta.

[648] Non è possibile, in questa sede, analizzare nel dettaglio le possibili innovazioni. Si rinvia, per un esame più dettagliato a Perulli 2006a, 747 – 748 e 751 – 752.

[649] In tal senso anche Perulli 2006a, 752. In particolare, oltre alla monocommittenza e ad altre caratteristiche (svolgimento delle prestazioni all'interno della sede od organizzazione del committente, limiti nella predeterminazione dei tempi di esecuzione del lavoro), mi sembra che valore particolare dovrebbe essere attribuito al volume di affari connesso ad un singolo cliente, che costituisce indice sicuro della "dipendenza" a volte di gran lunga superiore agli altri.

[650] Si rinvia a Cnel 2006, 110 e 60, tabella 2.11a.

comma 2, del d.lgs. 165/2001, ha dunque fortemente incentivato fenomeni elusivi da parte delle amministrazioni pubbliche, nella consapevolezza che tali situazioni non avrebbero prodotto mutamenti stabili negli organici. Va detto, tuttavia, che questa normativa – ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale[651], sembra essere stata messa in discussione da recenti sentenze della Corte di Giustizia Europea in tema di contratto a tempo determinato, e queste decisioni potrebbero determinare un cambiamento nel quadro di riferimento complessivo[652]. Non vi è dubbio, comunque, che dal punto di vista strettamente giuridico si è in presenza di un uso non appropriato di forme di lavoro temporaneo autonomo e subordinato che contribuisce ad alterare la struttura del sistema giuridico.

Infine si è già visto che il contratto di lavoro a termine è spesso utilizzato per finalità "improprie" (periodo di prova, surrogato di assunzioni stabili nel lavoro pubblico). Tuttavia le indagini empiriche dimostrano che, a parte i contratti formativi o quello di inserimento (quest'ultimo non molto usato)[653], la ragione principale per la stipulazione dei contratti a tempo determinato è la soddisfazione di esigenze temporanee[654]. Questi dati dovrebbero sollecitare una riforma della disciplina vigente che escluda ogni dubbio sulla causale temporanea che legittima l'apposizione del termine finale, visto che questa è l'esigenza "fisiologica" soddisfatta da tale modello contrattuale. In tal senso sembra si stia muovendo il legislatore, stimolato anche da una recente decisione della Corte di Giustizia Europea che sottolinea il carattere strutturale, in questo tipo di rapporto di lavoro, del requisito della temporaneità[655]. Inoltre, un ruolo di impulso è svolto da una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, secondo la quale l'attuale formulazione dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 presuppone una causale temporanea, anche se non mancano opinioni contrarie[656].

Non vi è dubbio che la volontà del legislatore del 2001 sia stata quella di fare del contratto a termine uno strumento per soddisfare esigenze di lavoro stabile ed in una condizione di piena fungibilità con il rapporto a tempo indeterminato[657]. Questo obiettivo, certamente non

---

[651] C. cost. 27 marzo 2003, n. 89, *Cons. St.*, 2003, II, 444.

[652] In realtà vi sono due sentenze di segno diverso. La prima (Corte di Giustizia Europea 4 luglio 2006, Adelener, causa C – 212/04, riferita ad una legge greca assai simile all'art. 36 del T.Tu. 165/2001), sembra sostenere la non conformità alla Direttiva 1999/70/CE sul contratto a termine del principio secondo cui la illegittimità della instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato non comporta la conversione del contratto in uno stabile presso la p.a. ma solo il risarcimento del danno. La successiva decisione della Corte (7 settembre 2006, Vassallo, causa C – 180/04, riferita specificatamente all'art. 36 del T.U. 165/2001) sembra invece affermare la legittimità "astratta" della sanzione risarcitoria, anche se sostiene che spetta al giudice nazionale italiano valutare se essa é "uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato". La questione è dunque ancora aperta ed occorrerà attendere i futuri sviluppi giurisprudenziali per comprendere se in che misura l'art. 36 del T.U. sia conforme all'ordinamento europeo.

[653] Cfr. Cnel 2006, 122, che riporta anche i risultati di altri rilevazioni da parte dell'Inps, dell'Isfol e del Centro Studi della Confindustria. Si parla di 22.000 contratti nel secondo semestre del 2004 e di 44.000 rapporti nel 2005 nei settori extra agricoli.

[654] Si rinvia a Cnel 2006, 60, che sottolinea come il 15,7% dei rapporti a termine è utilizzato per lavoro temporaneo (comprese le supplenze nella scuola o la sostituzione di lavoratori assenti, inclusa l'assenza per maternità), il 9,3% per la realizzazione di un progetto ed il 21,7% per lavoro stagionale.

[655] Un ruolo importante, da tale punto di vista, mi sembra venga svolto dalla recente sentenza della Corte del 4 luglio 2006 (Adelener: v. *retro* nota 202), secondo la quale contrastano con la Direttiva europea sul contratto a termine le discipline nazionali che consentono di reiterare i rapporti a tempo determinato con il solo limite del rispetto di periodi di intervallo tra un contratto e l'altro. In questo modo, infatti, a giudizio della Corte, i contratti con scadenza finale potrebbero essere reiterati molte volte ed essere destinati a soddisfare esigenze "permanenti e durevoli", in contrasto con quella che é la finalità della fonte comunitaria. Viene riaffermato, dunque, che il rapporto a termine non può soddisfare esigenze di lavoro stabili.

[656] V. *retro* gli autori citati nella nota 171.

[657] Si veda, in tal senso, la Circolare ministeriale citata nella precedente nota 148.

compatibile con la direttiva europea 1999/70/CE secondo la quale il contratto a tempo indeterminato è "la forma comune dei rapporti di lavoro", rispecchia l'idea, già criticamente analizzata, dell'uso dei contratti flessibili quale strumento per bypassare i vincoli normativi del rapporto standard e creare nuova occupazione. La riaffermazione del carattere temporaneo del contratto, oltre a soddisfare le esigenze reali delle imprese, servirebbe ad evitare l'ennesima utilizzazione "patologica" di un modello contrattuale, riportandolo alla sua finalità naturale.

9. Il "lavoro" ed i "lavori" subordinati e l'art. 2094 cod. civ.

La semplificazione delle tipologie contrattuali in considerazione anche della loro scarsa utilizzazione nella realtà produttiva o della duplicazione di istituti. La riduzione della segmentazione del mercato del lavoro realizzata con diritti fondamentali comuni ai rapporti flessibili ed a quello standard ed evitando la creazione di una possibile "competizione" tra diversi modelli di subordinazione basata sull'affievolimento degli statuti protettivi. La introduzione di tutele nel mercato del lavoro che garantiscano sostegno del reddito e possibilità di riqualificazione professionale nei periodi di discontinuità occupazionale. L'eliminazione delle alterazioni funzionali che caratterizzano molti contratti atipici e la loro riconduzione alle finalità originarie di specializzazione normativa per soddisfare esigenze particolari delle imprese e dei lavoratori.

Quelli descritti (ed analizzati più approfonditamente nel precedente paragrafo) sono alcuni tra gli interventi di razionalizzazione del sistema dei contratti atipici che dovrebbero eliminare molti dei problemi oggi esistenti. Tuttavia, i profondi mutamenti intervenuti nei sistemi economici e produttivi e l'arricchimento delle tipologie contrattuali pongono questioni di carattere più generale che toccano il "cuore" del diritto del lavoro e della sua finalità di tutela di soggetti giuridicamente ed economicamente deboli. La "crisi" della subordinazione sembra muoversi su due fronti. Uno "interno", relativo ai rapporti tra il modello standard ed i contratti atipici. Un altro "esterno", nella relazione tra subordinazione ed altri contratti di lavoro non subordinati che hanno caratteristiche che li rendono più vicini al modello regolato dall'art. 2094 cod. civ. o da altre leggi speciali.

Per quanto riguarda la sfera interna dei rapporti tra contratto standard ed altri schemi negoziali di lavoro subordinato alcune problematiche sono state già esaminate. In questa sede è opportuno svolgere qualche riflessione in relazione all'influenza che la varietà dei contratti atipici può esercitare sulla nozione di subordinazione prevista dall'art. 2094 del codice civile. La questione si pone sotto un duplice profilo. Da un lato vi è la crisi del tipo sociale a cui fa riferimento la norma sul contratto di lavoro subordinato, identificato nel dipendente assunto a tempo pieno ed indeterminato in una fabbrica medio grande "e con rigorosa integrazione spazio–temporale nei confronti della organizzazione produttiva"[658]. Vi è stata, infatti, la nascita di una serie di figure professionali che si discostano nettamente dal modello standard in relazione a caratteri essenziali (assoggettamento al potere direttivo, coordinamento con l'organizzazione del datore di lavoro, modulazione variabile del tempo di lavoro e di non lavoro, grado di autonomia più o meno accentuato nello svolgimento della prestazione, scissione tra titolarità del rapporto e sua concreta utilizzazione e così via). Inoltre, vi è stata la creazione di nuovi modelli contrattuali, con caratteristiche specifiche relative alle discipline e/o alle modalità esecutive del lavoro, che in parte sono finalizzati a dare veste normativa alle figure professionali prima descritte (anche se non a tutte le

[658] De Luca Tamaio 1997, 43.

ipotesi: basta pensare al telelavoro). Queste innovazioni normative, con l'introduzione di varie fattispecie diverse, pongono oggettivamente il problema se l'articolo 2094 debba essere "riletto "alla luce di tali modifiche o se non vi sia la necessità di prendere atto dell'esistenza di una pluralità di nozioni di subordinazione, ognuna dotata di una sua specificità e di particolari criteri di identificazione del tipo legale.

La questione ha dato vita ad una varietà di opinioni assai differenziate. Vi è chi ritiene che tutte le nuove figure professionali contenute nelle tipologie contrattuali "atipiche" possono in ogni caso essere ricondotte all'art. 2094 del codice civile, sottolineando alcuni aspetti peculiari della fattispecie generale[659]. Alle stesse conclusioni giungono altri autori, anche se in base a diversi percorsi interpretativi[660]. Si sostiene, al contrario, che la ricchezza dei nuovi "lavori subordinati" sia tale da configurare "un insieme articolato di tipi legali distinti (con la possibilità) di individuare i diversi criteri di qualificazione di volta in volta applicabili"[661]. Vi sono inoltre opinioni che, con diverse argomentazioni, hanno cercato di individuare una fattispecie generale di lavoro, che includa nel suo ambito "tutte le classi dei rapporti di lavoro" (inclusi quelli autonomi)[662], o che delineano una nuova nozione generale di subordinazione[663] o un suo "contenuto minimo"[664]. Queste tesi, ovviamente, hanno un'inevitabile influenza sul problema analizzato. Il tema è reso ancora più difficile da un'ulteriore considerazione. La valutazione dei condizionamenti esercitati dalle nuove tipologie flessibili sull'art. 2094 determina, necessariamente, l'analisi dei caratteri costitutivi degli indici di subordinazione e della loro "crisi" nella qualificazione della fattispecie (in relazione a concetti quali "la direzione del lavoro", la "dipendenza", la "collaborazione", "l'inserimento nell'organizzazione produttiva", ecc.)[665]. Esame, quest'ultimo, che richiederebbe uno spazio di approfondimento che eccede le finalità di questo saggio.

A me sembra che, a parte le ipotesi in cui vi è una evidente "deroga" alla nozione di subordinazione prevista dall'art. 2094 del codice civile - come nel caso del lavoro a domicilio[666] –, nei contratti atipici non esiste una espressa identificazione dei criteri che connotano la natura

---

[659] Ad esempio, in relazione ai contratti atipici caratterizzati da flessibilità temporale e dal particolare rilievo del tempo di lavoro, si è detto che "la c.d. atipicità non arriva ad influenzare il connotato della subordinazione tecnico funzionale che resta perciò decisivo per qualificare il tipo legale del contratto di lavoro ancorché modulato nel tempo" (Ghera 2006b, 194).

[660] In tal senso Santoro Passarelli 1998, 64 (che avverte, peraltro, che la diversificazione sempre più frequente delle tutele potrebbe travolgere l'unità e perciò la stessa tenuta del tipo"); Napoli 1996, 62; Corrado 1956; Sciotti 2005, 287 ss.

[661] Ichino 2000, 320 (con una tesi già espressa in precedenza: Id. 1989). Viene in sostanza abbandonata "l'idea che tutti i rapporti di lavoro nominati dalla legge come rapporti di lavoro subordinato possano essere ricondotti ad una nozione unitaria..." (Ichino 2000, 322). Anche D'Antona (1995) afferma che "non esiste una nozione legale generale di subordinazione, ma diverse nozioni particolari, anche a volersi attenere a quella più ampia contenuta nell'art. 2094 Cod. Civ." (80).

[662] Pedrazzoli 1998a, 444 ss. (ma già 1985), con una tesi – quella del lavoro *sans phrase* - che si fonda sugli artt. 2222 cod. civ. e 409, n. 3, c.p.c. e che è stata criticata da Perulli 1998, 73 ss. Anche D'Antona parla di una categoria più ampia di contratti "connotati dalla continuità e dal coordinamento indispensabili all'integrazione dell'attività lavorativa per i fini unitari dell'organizzazione del datore di lavoro" in cui includere lavoro subordinato ed autonomo con certe caratteristiche (1995, 85).

[663] Gaeta 1993, 187 ss.

[664] Pessi 1989, 207 ss.

[665] La bibliografia sul tema è sconfinata. Senza pretesa di completezza si rinvia a Persiani 1966; Spagnuolo Vigorita 1967; Ichino 1989; Id. 2000, 259 ss.; Pessi 1989; Pedrazzoli 1985; Ghera 2006b, 121 ss. e 205 ss.; Sciotti 2005 (che individua il nucleo minimo della subordinazione nel potere disciplinare ed a cui si rimanda per una recente ricostruzione delle diverse interpretazioni in materia).

[666] Il riferimento è, ovviamente, all'art. 1, comma 2, della l. 877/1973. Su tale disposizione si rinvia a Gaeta 1993, 115 ss. ed a Nogler 2000, 180 ss. sia per la ricostruzione del dibattito che per due diverse opzioni interpretative.

subordinata. In questi rapporti, infatti, la legge prevede soltanto la definizione del modello contrattuale e la sua disciplina. Ne deriva che la nozione contenuta nell'articolo 2094 deve conservare la sua "idoneità selettiva" al fine di determinare il carattere subordinato del rapporto e questo a prescindere dalla sua "crisi" o dalla configurazione di vari contratti flessibili come diversi tipi legali o semplici variazioni di un unico modello contrattuale.

L'esempio della somministrazione di manodopera può costituire un'utile esemplificazione di quanto si sta affermando. Le caratteristiche di questo nuovo contratto sono tali da configurare, a mio giudizio, la creazione di un vero e proprio nuovo tipo legale[667]. Tuttavia, poiché si applicano le regole generali sulla subordinazione (articolo 22, comma 1, d.lgs. 276/03) ed in assenza di criteri di qualificazione specifica previsti dalla legge, la natura subordinata o meno di un rapporto con un'agenzia per il lavoro dovrà essere risolto in base all'articolo 2094. In questo caso, peraltro, i criteri previsti da questa disposizione dovranno essere adattati alle caratteristiche di un contratto che - in attesa di una missione - presuppone una situazione di disponibilità. Oppure si dovrà tenere conto che questo rapporto, nel suo svolgimento ordinario, è caratterizzato da una prestazione lavorativa che si svolge sempre in un contesto organizzativo di un soggetto diverso dal datore di lavoro e sotto la direzione dell'utilizzatore. L'operazione di adattamento si rifletterà, necessariamente, sui concetti di "eterodirezione", "dipendenza", "collaborazione" e così via, che dovranno essere rimodulati in relazione al contenuto concreto del rapporto, che ha caratteri peculiari dissonanti da quello standard.

Si immagini, ad esempio, che un lavoratore, dipendente con contratto a termine ed avviato per una missione temporanea, alla scadenza del contratto affermi che, in realtà, è stato assunto da un'agenzia per il lavoro con un rapporto a tempo indeterminato e rivendichi, pertanto, il diritto alla indennità di disponibilità. In questo caso l'esistenza della subordinazione dovrà essere determinata in considerazione delle peculiarità del rapporto. In assenza del vincolo della forma scritta *ad substantiam*, occorrerà verificare se ed in che modo si è formato il contratto. Inoltre, l'esercizio del potere direttivo dovrà essere individuato non in base alla concreta esecuzione del rapporto - che non sussiste nelle fasi di mera messa a disposizione - ma in relazione al mantenimento delle condizioni di "disponibilità", alle disposizioni connesse all'invio presso l'utilizzatore per svolgere una missione, alla sottoposizione a direttive finalizzate a consentire l'eventuale formazione del lavoratore nelle fasi di attesa e così via. Anche l'esercizio del potere disciplinare o l'esistenza degli altri indici di subordinazione dovrà essere valutato in coerenza con le peculiarità del contratto.

Analoghe considerazioni potranno essere svolte per il distacco, dove il potere direttivo del datore di lavoro si manifesta nel disporre che il lavoratore svolga le sue prestazioni temporaneamente a favore di un terzo, che poi, di fatto, eserciterà il potere di coordinamento organizzativo e temporale. Anche nel lavoro intermittente, le caratteristiche specifiche della prestazione potranno influenzare il giudizio sulla "dipendenza" e sui caratteri dell'art. 2094[668]. In questa ipotesi, qualora si contesti il carattere flessibile del rapporto, occorrerà dimostrare che il lavoro si è svolto con continuità - oltre il limite delle prestazioni di carattere discontinuo o intermittente - con una valutazione che riguarderà l'esercizio del potere direttivo e di coordinamento temporale della

---

[667] Ho già espresso in passato questa opinione (Speziale 2004, 287).

[668] In questo senso si muove l'opzione interpretativa proposta dalla Sciotti, che effettua una vera e propria operazione di adattamento degli indici della subordinazione nei rapporti di lavoro "flessibili", pur nell'ambito della valorizzazione dell'elemento fondamentale (da lei individuato nel potere disciplinare) (2005, 290 ss., in relazione a somministrazione, distacco, lavoro ripartito, intermittente, ecc).

prestazione, la forma della "collaborazione" o dell'"inserimento" in azienda e così via. In altri casi (come ad esempio il lavoro a termine) le peculiarità del contratto non determineranno modifiche nei criteri di qualificazione, oppure, in ipotesi ulteriori, imporranno una particolare accentuazione di un carattere rispetto ad un altro (in relazione, ad esempio, all'inserimento nell'organizzazione, alla diminuzione dell'importanza qualificatoria assunta dell'eterodirezione o dal coordinamento tecnico temporale è così via).

L'elasticità dell'art. 2094 e la "tenuta" della sua definizione (che "mantiene la sua efficienza interpretativa"[669]), oltre alla flessibilità nell'uso degli indici di subordinazione che è propria della giurisprudenza sembrano dunque essere in grado di risolvere il problema che si sta analizzando[670]. È vero che in alcuni casi la pluralità di tipologie flessibili è in grado di sottoporre l'art. 2094 a forti "tensioni" nel suo contenuto. Tuttavia la norma, pur con difficoltà ed in base ad un'interpretazione che selezioni e adatti i caratteri identificativi della subordinazione alle diverse ipotesi concrete, sembra essere in grado di svolgere una positiva funzione di qualificazione del contratto "interna" all'universo "frantumato" del lavoro subordinato[671].

D'altra parte, in assenza di una nozione di subordinazione specifica per ogni nuovo modello di lavoro flessibile, in questo momento non vi sono altre alternative - per qualificare il rapporto nell'ambito della subordinazione – se non l'utilizzazione dell'articolo 2094 del codice civile, il cui contenuto dovrà essere adattato alle caratteristiche peculiari di ciascun contratto atipico, in coerenza con quanto in precedenza analizzato. Discorso diverso è quello dell'eventuale "incapacità" dell'art. 2094 di cogliere tutte le novità che scaturiscono dalla realtà produttiva e di selezionare i caratteri costitutivi con cui si manifesta oggi il vincolo di subordinazione e, quindi, dell'opportunità o meno di una nuova nozione di subordinazione che sia capace di "catturare" queste innovazioni. Questo problema, per ovvi motivi, non può essere affrontato in questa sede.

10. Dal lavoro ai lavori: il dibattito sulla riforma della fattispecie e lo statuto dei lavori

Il più forte fattore di crisi della subordinazione, peraltro, viene individuato nella sua sfera "esterna" e nel rapporto con altre tipologie contrattuali che non hanno natura subordinata. Il dibattito si svolge ormai sin dagli anni '80 ed ha trovato uno dei suoi momenti più elevati in un famoso convegno poi confluito in un importante volume dal titolo significativo (*Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*)[672]. Da allora la discussione non si è mai sopita ed anzi

---

669 Ghera 2006b, 155. In senso analogo Ferraro 1998, 485 ss. (che conferma l'attualità dell'art. 2094 nel definire la subordinazione anche in presenza di mutamenti sociali ed organizzativi di grandissimo rilievo).

670 Per l'analisi dei procedimenti di qualificazione effettuati dalla giurisprudenza – caratterizzati da notevole elasticità e fondati su un giudizio di "approssimazione" e di "prevalenza" – si rinvia, per tutti, a Lunardon 1990, p. 403 ss.; Menghini 1998, 147 ss. e, più recentemente, a Sciotti 2005, 45 ss. ed a Ghera 2006b, 138.

671 Non è possibile esaminare il problema se questa funzione selettiva dell'art. 2094 c.c. debba essere realizzata utilizzando il metodo sussuntivo o quello tipologico (nella duplice versione "classica" o "funzionale"). Si tratta, infatti, di questione che richiederebbe un approfondimento incompatibile con le finalità del presente saggio. Per un'analisi delle diverse opzioni è utile rinviare a Nogler 1990, 182 ss.; Id. 1991, 107 ss.; Id. 2000, 475 ss.; Id. 2002, 109 ss.; Proia 1997; Id. 2002, 87 ss. (a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche sui fautori delle varie tesi). Mi sembra, peraltro, che la giurisprudenza utilizzi "un metodo empirico di tipo induttivo o per approssimazione, cioè tipologico" (Persiani 2005, 7. In tal senso anche Ghera 2006b, 138 ss.) e che questo metodo, particolarmente nella sua versione "funzionale" (Nogler 2000, 475 ss. e gli altri lavori sopra citati), sia particolarmente utile per consentire le operazioni di adattamento sopra indicate.

672 Il libro, a cura di M. Pedrazzoli, è stato pubblicato dalla casa editrice "il Mulino" (Bologna) nel 1989.

si è ulteriormente arricchita con la formulazione di numerose proposte di legge. L'idea è quella di fornire tutela a coloro che operano nella "zona grigia" tra lavoro autonomo e subordinato ed anche a quelli che sono impiegati con le forme di lavoro atipico o flessibili[673].

La quantità e complessità delle proposte e la loro stessa disomogeneità (alcune sono riflessioni scientifiche, altre sono confluite in veri e propri articolati normativi o disegni di legge), impongono una necessaria operazione di sintesi. Se si considerano le idee di fondo che sono alla base del dibattito, si può affermare che nell'ultima decade emerge il consolidarsi di due approcci al tema: il primo, quello che ha raccolto maggiori consensi, è rappresentato dalla rimodulazione delle tutele. Il secondo è caratterizzato dal recupero di una assoluta centralità ed egemonia del modello lavoro subordinato.

La proposta che valorizza il ruolo egemonico del lavoro subordinato[674] interviene in primo luogo sulla disciplina dei contratti flessibili in generale[675] e stabilisce inoltre la soppressione della categoria delle collaborazioni continuative e coordinate, che vengono riunificate nella subordinazione. L'articolo 2094 c.c. viene riscritto, con il superamento della centralità del criterio della eterodirezione, tradizionalmente usato dalla giurisprudenza per individuare la fattispecie. Questo elemento viene sostituito con quello della "doppia alienità", dei mezzi di produzione e del risultato utile della stessa, che contraddistinguerebbe la condizione del lavoratore[676]. A questa nuova super subordinazione, comprensiva anche delle collaborazioni coordinate e continuative (con l'abrogazione del lavoro a progetto), si applicherebbero tutte le tutele previste per il lavoro subordinato.

La proposta solleva questioni teoriche assai complesse che non possono essere qui analizzate approfonditamente. Essa, in qualche misura, nella sua equiparazione tra lavoro autonomo coordinato e subordinazione sembra riflettersi nelle caratteristiche della maggior parte delle collaborazioni continuative, che le indagini empiriche dimostrano essere effettuate in condizioni tipiche

---

673 Brevemente, nel 1998 si contavano già dodici "materiali" (Pedrazzoli 1998b, 11), e precisamente: quattro proposte di legge provenienti dal "Coordinamento Giuridico CGIL" (tutte reperibili in Ghezzi 1996) di cui due limitate a specifici rapporti di lavoro (una di Garilli sui lavori socialmente utili ed un'altra di Roccella sui rapporti atipici tradizionalmente intesi, ossia contratto a termine, contratto a tempo parziale e contratti con finalità formative) e altre due, di Alleva e di D'Antona, con l'orizzonte più generale di "ridefinizione della fattispecie contratto di lavoro", sulle quali si tornerà *infra*. Vi erano inoltre tre proposte provenienti dalla dottrina, una di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani, un'altra di Ichino, ed un'altra altra -sulla quale si tornerà ampiamente- nota come Statuto dei Lavori. Infine, erano stati presentati cinque disegni di legge parlamentari (di cui due relativi al solo telelavoro), tra cui quello più noto, a firma di Smuraglia e altri. Tra gli altri materiali che si sono successivamente aggiunti nel corso del tempo vanno segnalate le varie proposte relative allo Statuto dei lavori e quelle della Cgil, di cui si parla nel testo.

674 Si tratta del progetto di legge dal titolo "Nuove norme per il superamento del precariato e per la dignità del lavoro, presentato in Parlamento l'8 febbraio 2007 ed il cui testo è pubblicato in Riv. Giur. lav. 2006, I, p. 962 ss. Il documento ripropone un progetto già presentato (Proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil sulla estensione dei diritti dei lavoratori del marzo 2003, consultabile in http://www.unicz.it/lavoro/BN10052004.htm.) ed aggiornato alla situazione attuale.

675 In particolare, essa prevede l'abrogazione del d.lgs. 368/2001 e di larga parte del d.lgs. 276/2003 e la contestuale riscrittura delle regole in tema di lavoro a termine, somministrazione, appalti, trasferimenti ecc.

676 L'art. 1, c. 1 della proposta afferma che "con il contratto di lavoro … il lavoratore si obbliga … a prestare la propria attività intellettuale o manuale in via continuativa all'impresa o diversa attività organizzata da altri, con destinazione esclusiva del risultato al datore di lavoro…". Cfr. più ampiamente il testo della relazione di accompagnamento (in Riv. Giur. Lav. 2006, I, 948). È stato affermato che, traendo insegnamento da indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale (sent. n. 30/1996), proprio la doppia alienità dovrebbe essere considerata "'subordinazione in senso stretto' o 'dipendenza' che dir si voglia": in altri termini, la dipendenza costituirebbe "l'elemento di qualificazione del tipo contrattuale", mentre la tradizionale eterodirezione andrebbe "collocata più propriamente sul piano degli effetti" (così Roccella 2004, 40).

del lavoro subordinato[677]. Inoltre la svalutazione dell'eterodirezione sottolinea un dato che è proprio di molte forme di lavoro oggi eseguite ai sensi dell'art. 2094 c.c.[678]. A parte qualche enfasi sull'irrilevanza della eterodirezione[679], tuttavia la proposta si espone ad alcune critiche. Essa potrebbe, innanzitutto, aggravare fenomeni di elusione da parte dei datori di lavoro[680]. Questa riforma inoltre esprime una tendenza "omologante" che in qualche misura si scontra con la possibilità di forme di collaborazioni autonome coordinate di carattere genuino e che non sono caratterizzate da dipendenza economica, che in definitiva costituisce l'unica ragione che legittima la tutela estensiva[681]. Infine l'unificazione in una sola figura svaluta elementi differenziali tra le tipologie contrattuali che tuttora esistono, come il maggior grado di autodeterminazione dei tempi di lavoro che caratterizza le prestazioni di collaborazione autonoma e tende quindi ad "appiattire" differenze che rispecchiano esigenze diverse delle imprese e dei lavoratori[682].

La prospettiva di una rimodulazione delle tutele ha avuto, rispetto a quella descritta, maggiori adesioni. Questa idea è stata declinata in modi diversi[683]. Vi è stata, ad esempio, la proposta di creare una nuova tipologia contrattuale (il lavoro coordinato), intermedia tra autonomia e subordinazione, e che avrebbe avuto la funzione di contenitore di una serie di rapporti, tra i quali le collaborazioni coordinate e continuative[684]. Si è obiettato che in questo modo si proseguiva sulla

---

677 Si rinvia *retro* al § 8, testo e nota 186.

678 Si rinvia, sul punto e per tutti, a Reyneri 2006a, 5 – 6 e 2006b, 573, il quale sottolinea che " i giuslavoristi, che hanno costruito i canoni della loro disciplina quando dominava il taylorismo, hanno probabilmente dato eccessivo rilievo alle eterodirezione come criterio per definire la natura dipendente di un rapporto di lavoro..... Per quanto riguarda la prestazione lavorativa, è indubbio che siano sempre di più i lavoratori che, pur con un rapporto dipendente, hanno una piena autonomia non solo nell'esecuzione, ma anche nella definizione dei propri compiti, poiché nelle organizzazioni private e pubbliche va crescendo il numero dei 'lavoratori della conoscenza'. Tuttavia, costoro rimangono dipendenti dell'organizzazione in cui sono inseriti e sono privi di ogni autonomia economica. Anzi, la 'flessibile' tecnologia informatica accresce la possibilità che la gerarchia eserciti stringenti controlli sulle scadenze dei loro compiti".

679 La proposta prevede che la eterodirezione costituisce una semplice modalità esecutiva della prestazione e che la pattuizione del non assoggettamento del lavoratore al potere direttivo non comporta l'esclusione delle discipline proprie del lavoro subordinato (art. 2). In effetti questa disposizione appare superflua se si considera che nella "nuova" definizione dell'art. 2094 c.c. (contenuta nell'art. 1) non si fa alcun riferimento alla eterodirezione come connotato qualificativo del contratto di lavoro e che, quindi, la sua espressa esclusione sarebbe del tutto irrilevante, perché la soggezione al potere direttivo non connota più la fattispecie.

680 V. Treu 2004, 197.

681 Vi potrebbe infatti essere un soggetto che svolga un lavoro altamente qualificato sotto forma di collaborazione continuativa e che non ha alcun bisogno delle tutele del lavoro subordinato per la sua "forza" economica o per la professionalità che è in grado di fornire.

682 La maggiore autonomia anche temporale dell'effettuazione del lavoro subordinato (conseguente alle recenti innovazioni tecnologiche e produttive) non è tale da escludere che in molte situazioni il coordinamento temporale esercitato dal datore di lavoro può assumere un rilievo assai superiore a quello tipico delle collaborazioni autonome continuative, in cui tale coordinamento può esplicarsi in forme più affievolite. E questa differenza rispecchia esigenze proprie sia dei lavoratori che delle imprese.

683 Va ricordata anche una versione estrema di ridistribuzione delle tutele dal lavoratore in quanto tale al lavoratore come cittadino, ovvero avendo a riferimento non più lo status di lavoro ma quello di "cittadinanza operosa" (cfr. per tutti Romagnoli 1998). Si veda anche Treu 2004, 198-199, che critica questa proposta in quanto deresponsabilizzerebbe il diritto del lavoro che finirebbe "per perdere i contatti con quel mercato del lavoro che invece richiede di essere governato con strumenti specifici".

684 Cfr. De Luca Tamajo, Flammia, Persiani 1996: dentro l'area del lavoro coordinato sarebbero potuti confluire "una serie di rapporti che implicano una elevata interdipendenza (o integrazione funzionale) tra la prestazione lavorativa e un'attività imprenditoriale, ma che *non sono sussumibili senza residui nelle categorie dell'autonomia o della subordinazione in senso stretto*" (85, corsivo nostro). Il presupposto della proposta, quindi, è quello dell'insufficienza della dicotomia lavoro autonomo-lavoro subordinato a contenere la realtà dei rapporti di lavoro (cfr. Pedrazzoli 1998b).

strada della moltiplicazione dei tipi contrattuali[685], anche se questa considerazione potrebbe essere estesa ad altre proposte[686].

L'idea della rimodulazione delle tutele è stata oggetto delle elaborazioni di una disciplina del lavoro *sans phrase* o senza aggettivi[687]. Le tecniche utilizzate e gli esiti sono parzialmente diversi[688]. In ogni caso, queste proposte mirano a "depotenziare" la distinzione tra autonomia e subordinazione, per risistemare tutti i rapporti di lavoro (autonomi o "atipici") lungo un *continuum*[689] che, partendo da un minimo di tutele per tutti i lavoratori, le estende gradualmente sino a quelle proprie della subordinazione. In questo ambito si muove la proposta della Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori[690], che sembra avere i consensi maggioritari[691]. La Carta prevede tre livelli di tutele: il primo comprende quelle generali e di base per tutte le forme di lavoro[692]. Il secondo livello prevede tutele specifiche per il lavoro "economicamente dipendente", che si aggiungono a quelle di base, mentre infine il terzo livello regola la disciplina più forte, che include quelle

---

[685] Treu 2004, 194.

[686] È questo il caso della proposta sulla riformulazione dell'art. 2094 già criticata. Ed anche la Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori (v. *infra*) prevede una nuova definizione di lavoratore economicamente dipendente (art. 17, in Riv. Giur. Lav. 2006, 933).

[687] La prospettiva del lavoro *sans phrase* o senza aggettivi sono quelle di Pedrazzoli (1998a e 1998b), di D'Antona (1995 e 1996), Alleva (1996) e di Ichino (1996). La proposta di Ichino prevede la definizione di una fattispecie ampia di lavoro dipendente, comprensiva anche di parte del lavoro autonomo. Si è obiettato che, in definitiva, essa realizzerebbe "una parificazione verso il basso delle discipline … che – in nome di una "concorrenza" tra i due sistemi finalizzata al *turn-over* tra *insiders* e *outsiders* – sfiora la loro perfetta omologazione" (Perulli 1998, 77). La proposta di Pedrazzoli, invece, è di pervenire all'individuazione del lavoro *sans phrase* semplicemente in via di interpretazione degli artt. 2222 c.c. e 409 c.p.c., i quali conterrebbero una nozione di attività lavorativa già comprendente tutte le attività umane dotate di rilevanza sociale. *Contra*, nel senso che si tratterebbe di una interpretazione manipolativa del dato normativo, cfr. Perulli 1998, 87.

[688] La proposta Alleva individua anzitutto il lavoro *sans phrase*, inteso come quello che "realizza … le condizioni minime di una collaborazione lavorativa" (Alleva 1996, 188) e definito dall'art. 1 della proposta di legge (riportata in Ghezzi 1996, 191 ss.). Questa fattispecie corrisponde, grosso modo, al lavoro parasubordinato, e ad essa vengono attribuite una serie consistente di tutele, tra cui il diritto ad una retribuzione conforme ai principi di cui all'art. 36 Cost., la tutela dell'integrità fisica e della professionalità morale e connessa al lavoro ecc. Quindi si prevede per le parti la possibilità di stipulare, anche tacitamente, un patto d'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa datoriale, dal quale deriva l'applicazione di tutte le tutele del lavoro subordinato tradizionale, ivi compresi, logicamente, anche quelle riconosciute al lavoro *sans phrase*. La proposta D'Antona (1996) individua anzitutto il lavoro "senza aggettivi", formula ampia comprensiva di una serie di contratti di lavoro, tra cui *in primis* quello parasubordinato. A questa tipologia di lavoro - al quale viene equiparato quello prestato in base a contratti associativi - trovano applicazione tutele minime, meno estese di quelle previste dalla proposta Alleva per il lavoro *sans phrase*. Le protezioni normative forti vengono lasciate al lavoro subordinato individuato mediante una serie di presunzioni.

[689] Alleva 1996, 188.

[690] Si tratta del disegno di legge n. C104 del 28 aprile 2006. Il testo e la relazione di accompagnamento, pubblicati in *RGL*, 2006, I, 921 ss., riprendono pedissequamente i contenuti della Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori espressi nel d.d.l. n. 1872 del 4 dicembre 2002. La prima proposta di Statuto dei lavori risale al 1998 (cfr. Biagi, Tiraboschi 1999, 581).

[691] In effetti, anche nell'ambito della "Commissione di Studio per la definizione di uno «Statuto dei lavori»", nominata dal Ministro del Lavoro nella scorsa legislatura (composta da quasi trenta membri, per lo più rappresentanti del mondo accademico, e presieduta da Michele Tiraboschi), anche se non si è raggiunta una proposta unitaria (perché la Commissione si è limitata a dar vita a "diverso materiale … nella forma delle linee guida e degli spunti progettuali e, talvolta, anche del vero e proprio articolato normativo"), "l'ipotesi di lavoro che ha registrato il maggiore consenso è stata quella di far convergere in un unico testo normativo le «Bozze Biagi» e la «Carta Amato-Treu», ovviamente con i dovuti aggiornamenti resi necessari dalla imponente evoluzione del quadro normativo di riferimento" (tutte le citazioni sono tratte dalla relazione conclusiva della Commissione del 19 marzo 2006, il cui testo è reperibile alla pagina internet http://www.csmb.unimo.it/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=162).

[692] Si tratta di diritti fondamentali con valenza interprivata, quali la dignità e libertà di manifestazione del pensiero, la salute e sicurezza sul lavoro, ecc.; diritti azionabili sul mercato del lavoro, quali efficaci servizi per l'impiego e idonei incentivi all'occupazione, ecc.; il diritto alla sospensione dell'attività lavorativa ed a forme adeguate di sostegno in caso di infortunio, malattia, ecc.; il diritto a un equo compenso e ad un equo trattamento pensionistico; il diritto al preavviso in caso di recesso; diritti sindacali di base.

precedenti e che si applica solo in caso di lavoro subordinato. Lo scopo evidente è quello di scoraggiare l'uso fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative che, nella Carta dei diritti, vengono comprese nella nozione di "dipendenza economica". Inoltre "un approccio graduato alle tutele sdrammatizza la questione definitoria"[693] relativa alla creazione legislativa di definizioni necessarie per imputare le tutele.

A parte le considerazioni critiche già svolte, tutte le proposte descritte presentano possibili obiezioni o controindicazioni che non possono essere qui analizzate. A me sembra, peraltro, che, almeno per quanto riguarda la realtà italiana, il problema del lavoro autonomo dipendente non sia tale da richiedere interventi di riforma così radicali come quelli sopra delineati. Il dibattito così ricco ed intenso che si è svolto in passato nasce da una sopravvalutazione del fenomeno che, dopo le correzioni effettuate dall'Istat, è certamente diffuso ma non ha quella importanza qualitativa e quantitativa che si credeva in passato[694]. Le situazioni patologiche, che certamente esistono (come nel caso dei *call center*) (si veda il § 8) devono essere represse, anche perché esse spesso si manifestano con forme tipiche del lavoro subordinato[695]. In ogni caso il problema dei rapporti che si collocano nella cosiddetta "zona grigia" tra autonomia e subordinazione può essere risolto con l'introduzione di una disciplina meno ambiziosa, ma non per questo di minor efficacia.

Ho già indicato delle ipotesi di riforma, che, tra l'altro, hanno il vantaggio di evitare l'introduzione di nuove definizioni di carattere generale che aprirebbero ulteriori controversie interpretative. Mentre, al contrario, occorrerebbe specificare il concetto di "dipendenza economica" ed agire sui costi e sulle tutele normative secondo le linee guida già descritte (si veda il § 8). In tale ambito particolare rilievo dovrebbe essere dato alla protezione in tema di recesso sia nel rapporto a termine che in quello senza scadenza finale, evitando di introdurre discipline "deboli" come quelle contenute nella Carta dei diritti delle lavoratrici e lavoratori[696]. Infatti, a parte la remunerazione della prestazione - che dovrebbe essere parametrata ai minimi della contrattazione collettiva - ed agli oneri contributivi, il maggior deterrente nei confronti dei contratti di collaborazione fittizi è dato proprio dalle conseguenze economiche connesse ad un recesso ingiustificato. Ed in questo caso il risarcimento, che dovrebbe avere una certa consistenza, dovrebbe essere modulato in particolare sulla potenzialità economica del committente, senza necessariamente usare soltanto il requisito dimensionale, che non sempre é un indice attendibile[697].

Se poi il lavoro autonomo di seconda generazione acquista un rilievo ben superiore a quello attuale, in coerenza con una tendenza che sembra più accentuata in Europa[698], sono forse

---

693 Treu 2004, 201

694 Si vedano i dati citati *retro* nel § 8 testo e le note 188 e 189.

695 Si rinvia, proprio in relazione ai *call center*, alle osservazioni di Perulli 2006a, 743 ss., il quale sottolinea che le prestazioni ivi effettuate hanno i caratteri tipici del lavoro subordinato e che "l'indagine comparata ci dimostra che proprio la subordinazione rappresenta il regime giuridico di gran lunga più diffuso nei paesi europei".

696 Va detto, peraltro, che in calce al documento pubblicato sulla Rivista Giuridica del Lavoro, si afferma che "il testo si trova in attesa di stampa definitiva poiché è in corso una revisione da parte degli estensori" (2006, I, 921). Revisione che potrebbe comportare anche la riforma di questa parte da me criticata.

697 È questo, al contrario, l'unico criterio utilizzato nella versione attuale della Carta dei diritti per commisurare l'indennizzo a favore del lavoratore nel caso di recesso ingiustificato.

698 Nel documento della Commissione Europea del novembre 2006, si afferma che lavoratori autonomi, nel 2005, erano pari al "15% del totale della forza lavoro. Coloro che lavorano per conto proprio, senza l'assistenza di lavoratori dipendenti rappresentano il 10% dei lavoratori nell'UE- 25" (Commissione 2006, 8 – 9).

ipotizzabili proposte di riforma di più vasta portata. Mi sembra tuttavia che le innovazioni prima indicate dovrebbero essere in grado di garantire le esigenze di tutela del lavoro autonomo dipendente e di evitare le convenienze economiche che oggi stimolano l'utilizzazione impropria delle collaborazioni coordinate e continuative. In sostanza, una nuova regolazione delle collaborazioni autonome nel senso prospettato – e superando le aporie e contraddizioni del lavoro a progetto – dovrebbe essere sufficiente a soddisfare le esigenze provenienti dalla realtà produttiva, senza necessità di una riforma globale dei "lavori", che potrebbe forse aprire più problemi di quanti ne vorrebbe risolvere.

11. Riferimenti bibliografici

Accornero A., Altieri G., Oteri C. (2001), *Lavoro flessibile – Cosa pensano davvero imprenditori e manager*, Ediesse, Roma.

Accornero A., Anastasia B. (2006), *Realtà e prospettive del lavoro autonomo: un po' di attenzione, please*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 1 ss. (dattiloscritto).

Alleva P. (1996), *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di) (1996), Ediesse, Roma, p. 187 ss.

Alpa G. (1995), *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in Nuova. giur.civ., II, p. 1 ss.

Alpa G. (1999), *La causa e il tipo*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti in generale*, t. I, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, p. 483 ss.

Ashiagbor D. (2005), *The European Employment Strategy*, Oxford University Press, Oxford.

Banca d'Italia (2006), *Bollettino economico n. 46*, in www.bancaditalia.it, p. 37 ss.

Balzarini R. (1958), *Contratti speciali di lavoro*, in Borsi e Pergolesi (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, III ed., Cedam, Padova, p. 383 ss.

Barbieri P. (2002), *Il lavoro a termine nella recente esperienza italiana: uno sguardo sociologico e alcune considerazioni in proposito*, in Biagi M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffré, Milano, p. 21 ss.

Barbieri M. (2006), *Cinque anni dopo: il rapporto del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari.

Basenghi F. (2000), *Il lavoro domestico*, Giuffré, Milano.

BCE (2002), *Labour Market Mismatches in Euro Area Countries*, in www.ecb.int (Publications).

BCE (2007), *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Gennaio*, in www.bancad'italia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.

Beduschi F., (1986), *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, Riv. dir. civ., I, p. 358 ss.

Biagi M., Tiraboschi M. (1999), *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un* tertium genus *o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*¸ in Dir. rel. ind., p. 571 ss.

Bianca C.M. (1984), *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffré, Milano.

Bobbio N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Utet, Torino.

Bobbio N. (1968), *Analogia*, in Noviss. digesto italiano, vol. I, Utet, Torino.

Boeri T., Garibaldi P. (2005), *Two tier reforms of Employment protection: a Honeymoon Effect?*, Paper, in http://www.iza.org/conference_files/eplm2005/garibaldi_p376.pdf, p. 1 ss.

Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità. Una riflessione su contratto di lavoro e post – taylorismo*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 1 ss.

Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T. (2005), *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, VI ed., Utet, Torino.

Carnelutti F. (1951), *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma.

Cataudella A. (1998), *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Scritti sui contratti*, Cedam, Padova, 1998, p. 139 ss., ma già in Dir. lav., 1983, I, p. 77 ss.

Chieco P. (1996), *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino.

Cnel (2005), *Consiglio nazionale dell'Economia e del Lavoro - Rapporto sul mercato del lavoro 2004*, Roma.

Cnel (2006), *Consiglio nazionale dell'Economia e del Lavoro - Rapporto sul mercato del lavoro 2005*, Roma.

Commissione Europea (2006), *Libro verde – Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, presentato dalla Commissione Europea il 22 novembre 2006, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/com(2006)-708.pdf

Confindustria (2004), *L'utilizzo nel 2004 degli strumenti normativi introdotti dalla legge 30/2003*, in www.confindustria.it.

Contini B., Trivellato U. (a cura di) (2005), *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*, Il Mulino, Bologna.

Corrado R. (1956) *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino.

D'Antona M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 529 ss.

D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in Arg. dir. lav., 1995, 1, p. 63 ss.

D'Antona M. (1996), *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di) (1996), Ediesse, Roma, p. 195 ss.

Deakin S., Wilkinson F. (1999), *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 587 ss.

D'Harmant Francois A. (1998), *Lavoro sportivo (Diritto del lavoro)*, in Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, p. 1 ss.

Del Punta R. (2001), *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 3 ss.

De Luca Tamajo R. (1997), *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in Arg. dir. lav., 5, p. 41 ss.

De Luca Tamajo R., Flammia R., Persiani M. (1996), *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un* tertium genus*: il lavoro coordinato*, in Lav. inf., p. 75 ss.

De Nova G. (1974), *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova.

Di Majo A. (1988), *Causa del negozio giuridico*, in Enc. giur. Treccani, vol. VI, Roma, p. 1 ss.

Esping Andersen G. (1999), *Serve la deregolazione del mercato del lavoro? Occupazione e disoccupazione in America e in Europa*, in Stato e Mercato, p. 185 ss.

Esping Andersen G. (2000), *Who is harmed by Labour Market Regulations? Quantitative Evidence*, in Esping Andersen G., Regini M. (a cura di), *Why deregulate Labour Markets?*, Oxford University Press, Oxford.

Ferraro G. (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 429 ss.

Ferraro G. (2002), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.

Ferri G.B. (1966), *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano.

Garibaldi P. (2002), *L'ingegneria contrattuale del mercato del lavoro italiano: dai Co.Co.Co. agli As.Pa.*, in La Voce (19/12/2002), in www.lavoce.info/news/print.php?id=15&cms_pk=265&from=index

Gabrielli E. (1997), *Il contratto e le sue classificazioni*, in Riv. dir. civ., I, pp. 705-728, ed anche in Id. (a cura di), *I contratti in generale*, t. I, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 1999, pp. 33-58.

Gabrielli E. (1999), *Tipo contrattuale*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXXI, p. 1 ss.

Gaeta L. (1993), *Lavoro a distanza e subordinazione*, Esi, Napoli.

Galgano F. (2004), *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Cedam, Padova.

Gazzoni F. (1998), *Manuale di diritto privato*, VII ed., Esi, Napoli.

Ghera E. (2006a), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Ghera E. (2006b), *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.

Ghezzi G. (a cura di) (1996), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma.

Ghezzi G., Romagnoli U. (1987), *Il rapporto di lavoro*, II ed., Zanichelli, Bologna.

Gianformaggio L. (1987), *Analogia*, in Digesto civ., vol. I, Utet, Torino.

Giorgianni M. (1960), *Causa (dir.priv.)*, in Enc. dir., vol. VI, Giuffré, Milano, p. 547 ss.

Giuliani A. (1999), *Interpretazione della legge*, in Rescigno P. (diretto da), *Tratto di diritto privato*, vol. I, p. 428 ss.

Grandi M. (1989), *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, pp. 77-91.

Guastini R. (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffré, Milano, p. 429 ss.

Guastini R. (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, in Mengoni L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, t. 1, Giuffré, Milano.

Ichino P. (1989), *Subordinazione ed autonomia nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano.

Ichino P. (1996) *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.

Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, t. 2, I, Giuffré, Milano.

Istat (2003), *Rapporto annuale*. *La situazione del Paese nel 2003*, Istat, Roma.

Libro Bianco (2001), *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Roma, in www.palazzo-chigi.it/sez_dossier_nuovi/libro_bianco_lavoro/index_analisi.html

Lindbeck A., Snower D.J. (1988), *The Insiders - Outsiders Theory of Employment and Unemployment*, The MIT Press, Cambridge.

Liso F. (2006), *Riflessioni sulla riforma del mercato del lavoro*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, p. 301 ss.

Loy G. (1989), *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, pp. 55-65.

Lunardon F. (1990), *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 403 ss.

Lunardon F. (2004), *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in Bellocchi P., Lunardon F., Speziale V. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei contratti di lavoro*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. IV, Ipsoa, Milano, p. 4 ss.

Marinelli F. (1995), *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, in Giust. civ., II, p. 332 ss.

Mazzotta O. (1991), *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., pp. 489-512.

Mazzotta O. (2002), *Diritto del lavoro*, Giuffré, Milano.

Meneghini L. (1998), *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, Torino, p. 143 ss.

Menghini L. (2006), *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in Riv. giur. lav., I, p. 695 ss.

Mengoni L. (1986), *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, Riv. it. dir. lav., I, pp. 5-19.

Napoli M. (1996), *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 3 ss.

Napoli M. (2004), *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 581 ss.

Nickell S. (1997), *Unemployment and Labour Market Rigidities: Europe versus North America*, in Journal of Economic Perspective, XI, 3, p. 55 ss.

Nickell S., Layard R. (1998), *Labour Market Institutions and Economic Performance*, London School of Economics, Discussion paper n. 407.

Nogler L. (1990), *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in Riv. it. dir. lav., 1990, I, p. 182 ss.

Nogler L. (1991), *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 107 ss.

Nogler L. (2000), *Lavoro a domicilio*, Giuffré, Milano.

Nogler L. (2002), *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in Arg. dir. lav., p. 109 ss.

OECD (1994), *The OECD Jobs Study: Evidence and Explanations and Fact, Analysis, Strategies*, Paris, OECD.

OECD (1998), *OECD Employment Outlook*, Paris, OECD.

OECD (1999a), *OECD Employment Outlook*, Paris, OECD.

OECD (1999b), *OECD's View on Employment Protection Legislation*, in *OECD New Release*, in www1.oecd.org/media/release/nw99-76a.htm

OECD (2004), *OECD Employment Outlook*, Paris, OECD.

Pedrazzoli M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffré, Milano.

Pedrazzoli M. (a cura di) (1989), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna.

Pedrazzoli M. (1998a), *Lavoro* sans phrase *e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffré, Milano, p. 397 ss.

Pedrazzoli M. (1998b), *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, Torino, p. 9 ss.

Pedrazzoli M. (2004), *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in Pedrazzoli M. (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 685 ss.

Pedrazzoli M. (2006), *La complicazione dell'inutilità: note critiche sul lavoro a progetto*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, p. 119 ss.

Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro ed organizzazione*, Cedam, Padova.

Persiani M. (2005), *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione ed autonomia*, in Arg. dir. lav., p. 1 ss.

Perulli A. (1998), Locatio operis *e lavoro* "sans phrase" *nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, Torino, p. 73 ss.

Perulli A. (2002), *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 335 ss.

Perulli A. (2005), *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, in Riv. giur. lav., I, p. 713 ss.

Perulli A. (2006a), *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, in Riv. giur. lav., I, p. 731 ss.

Perulli A. (2006b), *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, p. 189 ss.

Pessi R. (1989), *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffré, Milano.

Proia G. (1997), *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Giuffré, Milano (ed. provvisoria).

Proia G. (2002), *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in Arg. dir. lav., p. 87 ss.

Proia G. (2003), *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in Arg. dir. lav. 2003, p. 665 ss.

Reyneri E. (2006a), *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in Dir. lav. merc., p. 1 ss.

Reyneri E. (2006b), *Illusioni e realtà nel mercato del lavoro italiano*, in Giorn. dir.lav. rel. ind., p. 570 ss.

Roccella M. (2004), *Manuale di diritto del lavoro*, Utet, Torino.

Romagnoli U. (1998), *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in Mengoni L., Napoli M. (a cura di), *Costituzione, lavoro e pluralismo sociale*, Giuffrè, Milano, p. 41 ss.

Romeo F. (1990), *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Cedam, Padova.

Sacco R. (1966), *Autonomia contrattuale e tipi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., p. 785 ss.

Santoro Passarelli G. (1998), *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, Torino, p. 51 ss.

Sciarra S. (2004), *The evolution of Labour Law (1992 – 2003) General Report, Final draft*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 46, p. 1 ss.

Sciotti R. (2005), *Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.

Scognamiglio R. (1977), *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso - Santoro-Passarelli*, III ed., Vallardi, Milano, p. 125 ss.

Scognamiglio R. (1988), *Lavoro subordinato: I) Diritto del lavoro*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, p. 1 ss.

Sestito P. (1997), *La questione del lavoro e le interpretazioni proposte*, in Ciocca P. (a cura di), *Disoccupazione di fine secolo*, Boringhieri, Torino, p. 21 ss.

Spagnuolo Vigorita L. (1967), *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli.

Speziale V. (1998), *La struttura del contratto di lavoro temporaneo*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 289 ss.

Speziale V. (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., p. 378 ss.

Speziale V. (2002), *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffré, Milano, p. 427 ss.

Speziale V. (2004), *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, p. 275 ss.

Speziale V. (2006), *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in Riv. giur. lav., I, p. 3 ss.

Tosi A. (1991), *Rapporti speciali di lavoro*, in Enc. giur. Treccani, vol. XXV, p. 1 ss.

Treu T. (2004), *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in Dir. rel. ind., p. 193 ss.

Treu T. (2005), *Proposte di riforma del lavoro*, in Riv. giur. lav., I, p. 417 ss.

Zoli C. (2004), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., pp. 359-418.

Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*

Silvana Sciarra

1. Teoria e prassi della 'modernizzazione'. Uno sguardo alla dottrina ed al Libro verde della Commissione 196

2. La Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato. Una ricognizione delle principali questioni interpretative 202

3. La Corte di giustizia ed il lavoro a termine in alcune recenti decisioni 205

4. Conclusioni: elementi di 'modernizzazione' nella disciplina del lavoro a tempo determinato 212

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 52/2007

1. Teoria e prassi della 'modernizzazione'. Uno sguardo alla dottrina ed al Libro verde della Commissione

Questo saggio si propone di esaminare le ragioni per cui i contratti a tempo determinato hanno acquistato un'inattesa visibilità nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia europea (CGE). L'analisi di alcune decisioni consente di riflettere sulle riforme che la trasposizione della Direttiva 1999/70[699] ha indotto negli ordinamenti nazionali e sulle lacune delle norme di trasposizione. Tali considerazioni conducono l'interprete al cuore delle motivazioni che ispirano un moderno diritto del lavoro, in modo da rileggerne la storia in termini di continuità, piuttosto che di fratture e di drastiche contrapposizioni.

La Commissione propone nel suo recente *Libro Verde*[700] un quadro frastagliato e forse intenzionalmente generico di riforme necessarie per la 'modernizzazione' del diritto del lavoro. Il lavoro a termine non riceve in questo documento l'attenzione che merita, sia per gli aspetti problematici che la giurisprudenza della CGE ha fatto emergere, sia per le difficoltà verificate dalla stessa Commissione in sede di trasposizione della Direttiva 1999/70.[701]

Si intende dunque verificare se il lavoro a termine rappresenti nel dibattito corrente un banco di prova dei difficili equilibri da stabilire fra le politiche di flessibilizzazione dei mercati del lavoro e l'adeguamento delle tutele individuali e collettive.

Prima di guardare alla giurisprudenza della CGE è utile allungare lo sguardo verso l'orizzonte del dibattito teorico promosso dalla Commissione Europea negli anni Novanta dello scorso secolo, sfociato in analisi sofisticate e talvolta provocatorie.[702]

Non è superfluo ricordare che il rapporto Supiot si sofferma sul concetto di diritti sociali (diritti sociali di prelievo nella traduzione italiana) legati ad una dimensione di libertà dell'individuo, in quanto tali potenzialmente sganciati da situazioni di rischio derivanti dalla condizione di subordinazione. La strategia adottata nel rapporto è quella di superare i dualismi favoriti dai nuovi regimi di flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro e tendere a re-instituzionalizzare tali rapporti, dotandoli di regole nuove e di nuove sicurezze.[703] Il linguaggio del Rapporto Supiot si snoda, come si vede, lungo il binomio libertà-sicurezza e persegue una più ampia definizione dell'appartenenza degli individui al lavoro in quanto tale. Non a caso sono frequenti in quelle pagine i richiami alla

---

* Questo scritto è destinato alla raccolta di Studi in memoria del Prof. Matteo Dell'Olio

[699] Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato

[700] Commissione CE, Libro Verde, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, Bruxelles 22.11.2006, COM (2006) 708 definitivo

[701] Commission Staff Working Document, *Report by the Commission services on the Implementation of Council Directive 1999/70EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on Fixed-term Work Concluded by ETUC, UNICE and CEEP (EU-15)*, 11.8.2006, SEC (2006) 1074

[702] Promosso dalla Commissione (*European Commission, Transformation of Labour and Future of Labour Law*, Luxembourg 1998) il rapporto Supiot è stato poi pubblicato come libro in molte lingue. Cfr. la versione in lingua inglese, A. Supiot, *Beyond Employment, Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, OUP 2001 e l'edizione italiana a cura di P. Barbieri ed E. Mingione *Il futuro del lavoro: trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, Roma, Carocci, 2003

[703] *Il futuro…*, cit., p.63 e p.65

coesione sociale ed alla contrattazione collettiva come fonte regolativa da adattare alle nuove esigenze di tutela.

Le posizioni assunte allora dalla dottrina svelano ora un panorama caratterizzato da un forte divario fra ipotesi ricostruttive molto meditate e prospettive di riforma possibili. Alla luce di quanto detto, si insinua fortemente il dubbio che i due vasi – quello della ricerca comparata ed interdisciplinare, riempito dalla dottrina, e quello della elaborazione delle politiche, riempito dalle elite burocratiche di volta in volta interessate – non comunichino. Se la dottrina lascia per strada i suoi sassolini per segnare un percorso, questo non necessariamente guida i *policy-makers* verso una destinazione nota. Lungo il cammino si frappongono veti incrociati e difficoltà operative, come si evince dal resoconto delle molte vicissitudini legate all'emanazione del *Libro Verde*.[704]

È utile evidenziare che parallelamente al dibattito europeo, di cui si dirà fra breve, si va svolgendo un'analoga riflessione all'interno dell'OIL, sulla scorta di un'approfondita analisi comparata fra numerosi ordinamenti nazionali. Il linguaggio adoperato nei documenti dell'OIL è indicativo di una sensibilità diffusa circa i cambiamenti intervenuti nei rapporti di lavoro.

La ricerca promossa da questa organizzazione internazionale si fonda sulla constatazione che proprio tali cambiamenti, se attentamente valutati alla luce delle diverse tradizioni instaurate dai legislatori nazionali, rivelano un'ampia carenza di 'protezione' per i lavoratori subordinati.[705] I documenti citati adottano l'espressione 'lavoratori bisognosi di protezione', prendendo le mosse dai 'fattori' o 'indicatori' che nei diversi ordinamenti consentono di risalire a rapporti di lavoro subordinato.

Il contratto di lavoro emerge dalle analisi dell'OIL nella sua specifica e se si vuole tradizionale funzione, ma anche nelle sfaccettature delle sue nuove tipologie. Il lavoro tramite agenzia ha già trovato una sua regolamentazione nella Convenzione n. 181 del 1997;[706] altre fonti OIL introducono standard normativi per i lavoratori autonomi o indipendenti.

Una recente Raccomandazione[707] raccoglie il frutto della ricerca comparata e si sofferma su misure di 'protezione effettiva', che consentano di distinguere il lavoro subordinato da quello autonomo, di identificare il datore di lavoro in modo chiaro e di attribuire a quest'ultimo poteri e responsabilità inerenti agli obblighi contrattuali. La raccomandazione dedica attenzione ai lavoratori svantaggiati ed anche ai lavoratori migranti; si preoccupa di indicare che i soggetti collettivi

---

[704] L'intero dibattito, completo di riferimenti alle posizioni assunte da gruppi di opinione, come pure dalle parti sociali e da altri *stakeholders* è efficacemente ricostruito da C. Massimiani (a cura di), Dossier *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier/dossier9.pdf

[705] Oltre al Report V, *The Scope of the Employment Relationship*, International Labour Conference 91st Session, Ginevra 2003, p. 10-17 in particolare, si veda ora Report V (1) *The Employment Relationship*, International Labour Conference 95th Session, Ginevra 2006, p. 5 ss.

[706] C 181 *Private Employment Agencies Convention*, adottata il 19 giugno 1997. L'art. 11 della Convenzione parla di 'protezione adeguata' per i lavoratori assunti da agenzie di lavoro temporaneo ed indica un elenco di diritti da garantire agli stessi attraverso misure legislative da adottare a livello nazionale. Oltre a diritti ad esercizio collettivo, come la contrattazione collettiva, l'art. 11 menziona il salario minimo, l'orario di lavoro l'accesso a misure di sicurezza sociale, alla formazione, la salute e sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, la tutela in caso di insolvenza, tutele per la maternità. L'art. 12 riproduce la stessa lista di misure protettive dei lavoratori e rinvia agli stati l'allocazione delle responsabilità fra agenzie e utilizzatori dei servizi

[707] R 198 *Employment Relationship Recommendation*, adottata il 15.6. 2006. Un riferimento adesivo a questa fonte si trova alla nota 32 del *Libro Verde*, cit. a n.2

più rappresentativi si facciano carico di individuare le caratteristiche del lavoro subordinato in taluni settori di attività e che contribuiscano a monitorare il mercato del lavoro ed a raccogliere informazioni e dati statistici adeguati per comprendere le trasformazioni in atto.

La lezione che ci viene dall'OIL è illuminante in molti sensi. L'analisi comparata è fondata in un contesto definito da indicatori giuridici. La nozione di 'protezione', svuotata di un contenuto ideologico e di giudizi di valore, appare funzionale ai cambiamenti che intervengono nella realtà produttiva e nel diritto. Essa si pone come chiave di lettura dei cambiamenti medesimi ed anche come elemento semantico che meglio accomuna tradizioni giuridiche diverse. Non è casuale che il principio di 'equità' sia posto nei Rapporti dell'OIL in connessione con le esigenze di 'adattabilità' delle misure protettive. Si fa notare, ad esempio, che in alcuni paesi europei si è passati da 'una situazione in cui la flessibilità crea insicurezza ad una in cui la sicurezza promuove la flessibilità.'[708]

In un filone di ricerca coerente con le fonti appena citate si pone l'indagine dell'OIL sul 'Lavoro Decente', avviata nel 1999 in un Rapporto del Direttore Generale, all'indomani della approvazione nel 1998 della Dichiarazione sui principi fondamentali,[709] e poi proseguita in numerosi studi comparati, l'ultimo dei quali estremamente innovativo.[710]

Può essere rassicurante ricordare che la Commissione non è ignara di questi sviluppi ed anzi manifesta la sua adesione ai programmi internazionali sul 'Lavoro Decente', sia per dare vigore ad accordi bilaterali e regionali dell'UE, sia per meglio focalizzare l'impegno dei paesi dell'allargamento nel rispetto dell'*acquis* comunitario, di cui l'agenda sul 'Lavoro Decente' è parte.[711] Vi è una dimensione globale della modernizzazione da cui non si può prescindere nel dibattito europeo; essa richiede una più forte coerenza nelle posizioni della Commissione.

Al di fuori dell'UE si sta svolgendo un dibattito molto variegato, teso ad identificare prospettive teoriche e politiche del diritto in sintonia con i grandi cambiamenti intervenuti nel diritto del lavoro.

In Australia, a completamento di un corposo progetto di ricerca,[712] un gruppo composito di studiosi valuta criticamente le riforme adottate dal legislatore nel 2005, orientate verso una forte

---

[708] Report V (1) *The Employment Relationship,* cit. a n. 7, p. 16 dove il riferimento è ai risultati della ricerca di P. Auer *Employment revival in Europe: Labour market success in Austria, Denmark, Ireland and the Netherlands*, Ginevra, ILO 2000

[709] ILO, *Decent Work*, Report of the Director General, International Labour Conference, 87th Session, Ginevra, Giugno 1999. Alcune osservazioni in S. Sciarra, *Globale e locale: prove di razionalità per il diritto del lavoro*, Soc. Dir 2004, p. 23 ss. e in B. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford 2005, p.56 ss e p. 63, dove si discute il programma sul Decent Work nell'ambito della 'nuova messa a fuoco' delle iniziative dell'OIL. L'interesse della dottrina per la Dichiarazione del 1998 emerge dalle osservazioni di G. Bronzini, La Dichiarazione del 1998 sui 'Core Labour Rights' e la rinascita dell'OIL, DD 2006

[710] Cfr. il numero speciale *Social Protection and Decent Work: New Prospects for International Labour Standards*, CLLPJ 2006, n. 2. Cfr anche la traduzione in italiano del rapporto di sintesi curato da A. Supiot, *Azione normativa e lavoro decente. Prospettive nel campo della sicurezza sociale*, DLRI 2006, p. 625 ss.

[711] Communication from the Commission, *Promoting Decent Work for All. The EU Contribution to the Implementation of the Decent Work Agenda in the World*, Brussels 24 May 2006, COM (2006) 249

[712] C. Arup et al. (a cura di), *Labour Law and Labour Market Regulation*, Sydney, The Federation Press 2006. Si veda in particolare l'Introduzione di R. Mitchell e C. Arup, p. 3 ss. che fa riferimento frequentemente a R. Mitchell (a cura di), *Redefining Labour Law,* University of Melbourne 1995. Gli autori e soprattutto i curatori di questo volume intrecciano frequentemente le loro analisi con quelle svolte dalla dottrina europea, a conferma di una comune esigenza di ridisegnare il profilo della materia

'individualizzazione' delle misure che regolano i rapporti di lavoro.[713] Ne risulta un ampio quadro di riferimento, che dà conto di una 'nuova piattaforma' o di un 'paradigma' del diritto del lavoro[714], consistente nella continua espansione della materia verso la regolamentazione del mercato del lavoro.

Si potrebbe sostenere che queste caratteristiche sono sempre state proprie del diritto del lavoro, sia nella sua dimensione individuale, sia in quella collettiva, poiché ogni misura attinente alla tutela dei lavoratori ha riflessi immediati sul mercato e per certi versi lo conforma e lo rende compatibile con i vincoli del sistema normativo. Ma le conferme in questa direzione non sono mai troppe e l'analisi comparata non può che beneficiarne.

La parte più innovativa della ricerca australiana consiste nel dimostrare la conversione delle tradizionali misure protettive in strumenti orientati al mercato e nel disegnare i nessi che storicamente si sono stabiliti fra i 'lavoratori' – intesi come nozione onnicomprensiva, che prescinde dalle caratteristiche specifiche di ciascun contratto o rapporto di lavoro – ed il mercato.

Tale ricerca si interseca con un altro sforzo collettivo di analisi comparata incentrato sulla ricognizione dei 'confini' e delle 'frontiere' del diritto del lavoro.[715] È utile constatare, anche in questo caso, la varietà di suggestioni che provengono dal dibattito globale. Ad esempio la nozione di economia informale e di lavoro sommerso si presta ad interpretazioni diverse nei paesi in via di sviluppo – si pensi all'India ed alla significativa espansione che interessa quel sistema economico – ma anche le misure di sicurezza sociale si configurano in modo diverso, a seconda dei livelli di disoccupazione.[716]

In Canada un recente Rapporto, redatto al fine di suggerire modifiche al Codice del Lavoro[717] si segnala, oltre che per la completezza e la profondità dell'analisi, anche per un interessante impianto teorico delle proposte che ne scaturiscono.

Nel suggerire una rilettura degli standard applicabili al lavoro, l'autore distingue, per la loro diversa natura, tre categorie.

Il principio fondamentale della 'decenza' – evocativo del linguaggio adottato dall'OIL – è inteso come criterio generale cui ricondurre condizioni minime di tutela, quali il salario sufficiente, il rispetto di un orario di lavoro che consente al lavoratore di esprimersi nei rapporti sociali e civili, il divieto di ogni discriminazione. Principi 'strategici' sono considerati quelli che attengono al funzionamento dell'economia di mercato, alla combinazione di flessibilità e sicurezza, alla parità di

---

[713] Si rinvia a tale riguardo a R. Mitchell e J. Fletter, *La gestione delle risorse umane e l'individualizzazione nel diritto del lavoro australiano*, DLRI 2004, p. 285- 322

[714] Introduzione di *Labour Law and Labour…*, cit. a nota 14, p. 4

[715] G. Davidov e B. Langille (a cura di), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing 2006

[716] Per l'India si rinvia a K. Sankaran, *Protecting the Worker in the Informal Economy: the Role of Labour Law*; per una prospettiva piu ampia cfr. A. Trebilcock, *Using Development Approaches to Address the Challenge of the Informal Economy for Labour Law*, entrambi in G. Davidov e B. Langille (a cura di), cit. a n. 17, rispettivamente a p.205 ss e p. 63 ss.

[717] *Fairness at Work. Federal Labour Standards for the 21st Century*, Publications Services 2006, un Rapporto redatto da H. Arthurs in vista della riforma della Parte III del Codice del lavoro canadese, risalente al 1965. La Commissione presieduta da H. Arthurs ha consultato esperti indipendenti e rappresentanti delle parti sociali ed ha commissionato a studiosi anche stranieri studi specifici su singoli temi. La Commissione ha anche svolto numerose audizioni ed ha ricevuto contributo da singoli e da gruppi sparsi in tutto il paese

trattamento per quanti si trovano a lavorare in condizioni analoghe, alla contrattazione sul luogo di lavoro, all'inclusione ed all'integrazione, nonché al rispetto degli obblighi nascenti da fonti internazionali. Principi 'operativi' sono quelli che attengono all'uso efficiente di risorse pubbliche, ad un alto grado di osservanza degli standard applicabili, alla 'flessibilità regolata', alla chiarezza.

Anche se immaginata per un sistema federale, la classificazione proposta è tale da indurre ad un ripensamento gli osservatori europei, intrappolati in una sorta di auto-punizione collettiva che li induce, come vedremo fra breve, ad immiserire un ricco linguaggio normativo sedimentato nelle costituzioni nazionali e nei migliori esempi di legislazione che a loro si ispirano.

Questa digressione consente di valutare con maggiore obiettività il diverso dibattito, promosso dalla Commissione Europea ed indirizzato verso le istituzioni, i governi degli Stati membri, le parti sociali, gli altri *stakeholders* ed i singoli cittadini.[718]

Il recente *Libro Verde* della Commissione propone fin dalle prime battute un inscindibile nesso di causalità fra 'modernizzazione' del diritto del lavoro e creazione di nuova occupazione. Si tratta di un'affermazione non univocamente acclarata dalla ricerca empirica e comparata, nonché, come si è detto, dall'attività dell'OIL. Essa provoca, a voler tacere d'altro, un'eccessiva 'colpevolizzazione' del diritto del lavoro, a fronte delle carenze mostrate dalle politiche macroeconomiche.[719] Il rischio è pertanto di rendere sterile il confronto sulle riforme del mercato del lavoro.

Sia nel dibattito teorico – di cui resta poca traccia nel *Libro Verde* - sia in quello che riguarda più da vicino i legislatori nazionali, il termine 'modernizzazione' è usato in modo volutamente ambiguo e sfuggente. Questa scelta linguistica si riflette nella formulazione dei quesiti posti ai soggetti verso cui la consultazione è rivolta. Si fronteggiano in tal modo falsi dilemmi o domande retoriche.

Ad esempio, è più che nota alla dottrina europea – ma anche ai giudici ed alle parti sociali – la capacità di adattamento mostrata dal diritto del lavoro e dalla contrattazione collettiva nell'introdurre elementi di flessibilità negli ordinamenti nazionali, in linea con quanto dettato dai cicli economici o più semplicemente dal mutato orientamento dei legislatori.[720] Gli ordinamenti nazionali hanno risposto ad esigenze dettate, fra l'altro, dall'integrazione del mercato europeo e dalla strategia di Lisbona, coerentemente con gli obblighi nascenti dalla comune appartenenza ad un sistema normativo sopranazionale.

È dunque un falso dilemma proporre l'adattamento delle discipline esistenti a fronte di una maggiore esigenza di flessibilità, perché questa è una realtà già accertata, per lo meno nell'Europa a 15, particolarmente per i contratti di lavoro part-time e per quelli a tempo determinato.[721] Ed è

---

[718] Commissione CE, Libro Verde, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, Bruxelles 22.11.2006, COM (2006) 708 definitivo

[719] Così efficacemente A. Baylos e J. Pérez Rey, *Presentacion al libro verde*, Cuadernos de la Fundacion Sindacal de Estudios, n. 5/2006, in C. Massimiani (a cura di), *Dossier...*, cit. a n. 6

[720] Si vedano i quesiti 1-4 del Libro Verde, cit. a n. 2, p.10. G. Bronzini, *12 Noterelle sul Green Paper*, Newslatter CRS, Febbraio 2007 fa notare che mentre *flexicurity* si presenta come un termine evocativo di importanti tendenze legislative in atto in Europa, modernizzazione appare, al contrario, un termine adatto a favorire letture poco analitiche della legislazione e della sua evoluzione

[721] S. Sciarra, *The evolution of labour law (1992-2003)*, Vol 1, General Report, Luxembourg OOPEC 2005, p.37 ss.

un'occasione mancata non includere nella ricognizione del *Libro Verde* l'apporto fornito dalla CGE nella sua giurisprudenza in materia di contratti a termine. Quest'ultima conferma l'acquisizione di alcuni punti fermi nell'applicazione della Direttiva che recepisce l'Accordo quadro stipulato dalle parti sociali ed attribuisce rilievo a tale fonte di diritto secondario, come si avrà modo di vedere in seguito.

Appare inoltre fondata la critica rivolta al passaggio del *Libro Verde* in cui si citano i dati relativi all'incremento dei lavoratori a tempo determinato, senza illustrarne a fondo i motivi e la segmentazione sociale.[722] A volere tacer d'altro, lo stesso Rapporto della Commissione sulla trasposizione della Direttiva fa notare che, se un terzo dei lavoratori temporanei trova lavoro stabile dopo un anno, dopo sei anni - il periodo più lungo misurato nelle statistiche – il 16% dei lavoratori si trova sempre nella stessa situazione ed il 20% non è più occupato. Il Rapporto sottolinea anche che una eccessiva instabilità nella carriera delle persone giovani spinge a ridurre la propensione al consumo e ad abbassare il tasso di fertilità.[723]

È una domanda retorica quella posta in termini di chiarimento degli statuti giuridici dei lavoratori autonomi e dei lavoratori dipendenti.[724] Può darsi che questa tecnica di comunicazione quasi maieutica miri a fare emergere dalla consultazione risposte aperte ed innovative. Forse per questo motivo non si citano i risultati di una articolata analisi comparata in materia di lavoro economicamente dipendente[725] e si fa calare un imbarazzante silenzio sull'inventività e sul rigore del Rapporto Supiot.[726]

È infine una forma quasi inconscia di autoanalisi quella proposta nel quesito che attiene alla revisione della legislazione in materia di orario di lavoro.[727] Essa rivela un'incertezza terminologica che, ancora una volta, non valorizza, né tanto meno analizza l'importante giurisprudenza della CGE sul tema.[728]

Se si accetta come punto di partenza l'ormai inscindibile connessione fra dibattiti nazionali e sviluppi globali del diritto del lavoro, ben rappresentati nella già citata produzione dell'OIL, si deve subito affermare che il termine 'modernizzazione', così come proposto nel dibattito europeo contemporaneo, sempre più appare staccato da un preciso contesto storico e normativo e privo di valenze operative precise. Se preso ad emblema di questa fase dell'integrazione europea, esso

---

[722] Cfr.CGIL *Osservazioni al Libro Verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo"*, Roma 2006, in *Dossier*..., cit a n.6, o. 737

[723] Commission Staff Working Document, cit. a n. 3, p. 2 che fa a sua volta riferimento all'*Employment in Europe Report 2004*, peraltro contraddittoriamente citato anche nel Libro Verde, p. 9. La terminologia utilizzata fa riflettere sui molti significati attribuiti al lavoro temporaneo. Il *Report* analizza nel capitolo IV 'il fattore tempo' nel '*temporary employment*' indipendentemente dal tipo di contratto. La vesrione inglese del Libro verde usa in questo caso l'espressione 'non-standard'

[724] Quesito n. 7 del Libro Verde, cit. a n. 2, p. 13

[725] A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, RGL 2003, p. 221 ss. ed anche *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, RGL 2006, I, p. 731 ss.

[726] Cit. a n. 4

[727] Quesito n. 11 del Libro Verde, cit. a n. 2, p. 15

[728] Ho analizzato alcune decisioni della Corte di Giustizia in materia di tutela del diritto fondamentale alla salute e sicurezza in S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, DLRI, 2006, p. 39 ss.

rivela la profonda sofferenza del sistema regolativo sopranazionale nel campo delle politiche sociali e l'incapacità dello stesso di stabilire nuovi equilibri normativi.

Al contrario, nello studio dell'evoluzione del diritto del lavoro – se al termine evoluzione si attribuisce un significato euristico e non valutativo – è dato cogliere la tendenza della materia a adattare i suoi strumenti regolativi come pure le sue finalità.

È probabile che l'evoluzione più recente di questa disciplina abbia beneficiato della prima attuazione del Metodo aperto di coordinamento.[729] Di questo non si trova traccia nel *Libro verde*, se non nei riferimenti alle linee guida del Consiglio.[730] La Decisione del Consiglio adottata nel 2005 e proiettata fino al 2008 rappresenta l'emblema delle politiche occupazionali europee rivisitate, se non ridimensionate nella loro nuova versione.[731]

La Commissione presieduta da Barroso ha, infatti, ampliato i tempi del monitoraggio da parte del Consiglio ed ha assegnato agli Stati membri un ruolo più visibile – e sembrerebbe di capire più autonomo – nell'elaborazione dei Programmi Nazionali di Riforme (PNR), in modo da tenere conto dei cicli economici e dei cambiamenti intervenuti nella situazione generale del paese. Il quesito cui è difficile trovare una risposta è come rileggere in termini propositivi la sterminata produzione teorica sulla *governance,* che tanto lasciava sperare per l'avvio di benefiche sinergie fra *hard* e *soft law*. Si rafforza in questo nuovo contesto di riferimento delle politiche occupazionali l'esigenza di approfondire lo studio delle riforme avviate dai legislatori nazionali.

Sul piano della comparazione e del raffronto con altri ordinamenti ci sono ormai esempi significativi ed esaustivi che possono essere richiamati, a conferma della praticabilità di indagini teoriche e di politica del diritto che consentono di coniugare le tradizioni del diritto del lavoro con le trasformazioni dei sistemi produttivi e con le nuove domande del mercato.

Sembra che, non senza un fremito di frustrazione, la dottrina debba farsi da parte e constatare la sterilità delle sue esternazioni. Se non che, paradossalmente, proprio da quanti vogliono ricondurre a livello nazionale i necessari interventi modernizzatori[732], proviene un invito ad analisi sistematiche circa la più recente produzione normativa. Se modernizzare vuol dire guardare criticamente a sé stessi ed ai propri vicini, non tutto è perduto per il diritto del lavoro.

2. La Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato. Una ricognizione delle principali questioni interpretative

Molto è stato già scritto su questa fonte comunitaria, anche con riferimento alla sua complessa gestazione.[733]

---

[729] Cfr. S. Sciarra, *The evolution…*, cit. a n. 23, p. 15 ss.

[730] Council Decision 12.7.2005, OJ 6.8.2005, L 205/22. Per una prima risposta del governo italiano cfr. Programma Nazionale di Riforma 2006-2008. Primo Rapporto sullo stato di attuzione, Roma 18 ottobre 2006, in http://ec.europa.eu/growthandjobs/key/nrp2006_en.htm. Si veda ora il *Draft Joint Employment Report 2006/2007*, licenziato dal comitato per l'occupazione e discusso nel Consiglio UE del 7.2.2007

[731] Per un commento si rinvia a C. Kilpatrick, *New EU Employment Governance and Constitutionalism*, in G. de Búrca and J. Scott (a cura di), *Law and New Governance in the EU and the US,* Oxford, Hart Publishing 2006

[732] In tal senso sembrano orientati i commenti della organizzazione europea dei datori di lavoro. V. *Dossier...*, cit. a n.6

[733] K. Ahlberg et al.. *Fixed-term work in Europe*, National Institute for Working Life, Stockholm 1999

Basterà dunque valorizzare gli aspetti della Direttiva che si prestano da un lato a verificare un suo ruolo paradigmatico nel dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro, dall'altro a mettere a fuoco una sua funzione regolativa per così dire interna alla gestione del rapporto di lavoro. Queste due anime convivono a ben vedere nella fonte di cui qui si discute. Esse confermano una tradizione di rinnovamento già in atto nel diritto del lavoro, che, nella grande maggioranza dei casi, si sviluppa in continuità con il passato, in una rivisitazione degli istituti tipici della materia.

Sulla scorta di quanto già fatto per la Direttiva 97/81/CE in materia di lavoro a tempo parziale, le parti sociali stipularono un Accordo quadro per contribuire, come si dice in apertura del Preambolo, alla strategia di Lussemburgo 'in direzione di un migliore equilibrio fra la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori.'

La Direttiva richiama inoltre le conclusioni del Consiglio europeo di Essen[734] da cui emergeva la necessità di 'incrementare l'intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività.' Questi riferimenti servono a porre la legislazione secondaria di cui qui ci occupiamo nel contesto di politiche sociali ancora influenzate dallo stile di Jacques Delors. La prima ispirazione per dotare l'Europa di politiche occupazionali va ricercata nel laboratorio di idee e di programmi che fu impiantato a Bruxelles nei primi anni Novanta dello scorso secolo. L'inserimento del Titolo VIII nel TCE, avvenuto nel Consiglio di Amsterdam, ha alle spalle una stagione breve, ma intensa di buone pratiche intessute con sperimentazioni concrete delle politiche occupazionali, che fertilizzarono il terreno dell'Europa sociale.[735]

Il Preambolo dell'Accordo si sofferma in modo non rituale sul principio dell'eccezionalità del lavoro a termine rispetto al lavoro a tempo indeterminato, considerato ancora la 'forma comune dei rapporti di lavoro.' Questo richiamo non fa altro che prendere atto di una tradizione negli ordinamenti nazionali, per lo meno in quelli continentali, risalente nel tempo. Il lavoro a termine – recita ancora il Preambolo dell'Accordo quadro – risponde 'in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori.'

Nei 'considerando' dell'Accordo si richiamano le questioni che fanno da sfondo alla disciplina concordata, in particolare l'oggettività delle ragioni per accedere a questa tipologia contrattuale, in modo da prevenire abusi, la maggiore rilevanza della stessa in alcuni settori occupazionali, l'alta percentuale di donne assunte con contratto a termine e l'atteso impatto della disciplina nel miglioramento delle pari opportunità fra uomini e donne.[736]

Il rispetto del principio di non discriminazione è 'obiettivo' dell'accordo (clausola 1) e criterio ordinatore dell'intera disciplina (clausola 4), poiché il confronto con i lavoratori comparabili a tempo

---

[734] Considerando 5 della Direttiva 1999/70/CE, cit. a n.1. Il Consiglio di Essen, svoltosi il 9-10 Dicembre 1994, fu l'ultimo a cui Jacques Delors partecipò come Presidente della Commissione Europea

[735] Ho ricostruito alcuni passaggi di quelle vicende in S. Sciarra, *Integration through co-ordination: The Employment Title in the Amsterdam Treaty,* Columbia Journal of European Law 2000, p. 209. Si veda ora M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il Metodo Aperto di Coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffré, 2006; F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ravelli_n43-2005int.pdf; E. Ales, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, ibid

[736] Considerando 6-9

indeterminato riguarda in modo ampio 'le condizioni di impiego.' Perfino il principio del *pro rata temporis* è presentato come eventuale ('se del caso').

La terminologia adottata nella clausola 5 è più forte di quella analoga nell'Accordo sul lavoro a tempo parziale. Mentre quest'ultimo si esprime in forma condizionale, la prima è categorica: gli Stati membri dovranno introdurre misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine. Questa differenza non sorprende se, ancora una volta, si guarda alle tradizioni del diritto del lavoro europeo. L'eccezionalità del contratto a termine giustifica l'imposizione di limiti nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali, consistenti nell'obbligo di fondare i rinnovi su ragioni obiettive e nel fissare una durata massima nella successione dei contratti.

Quanto alla clausola di non regresso, inserita fra le disposizioni di attuazione (clausola 8.3), essa riprende l'espressione già utilizzata per il lavoro part-time, secondo cui l'applicazione dell'Accordo quadro non costituisce giustificazione valida per ridurre il livello generale di tutela dei lavoratori nell'ambito dell'Accordo stesso. Può essere significativo sottolineare, tuttavia, che anche in questa disposizione la formulazione è più circostanziata di quella contenuta nell'analoga clausola riferita al lavoro a tempo parziale. Quasi a volere rimarcare una differenza strutturale fra le due tipologie di contratti di lavoro, si ammette che il legislatore nazionale possa essere più condizionato 'dall'evoluzione della situazione' nell'adottare misure legislative sul lavoro a tempo parziale e dunque più libero nel ridimensionare i livelli di tutela.[737]

La giustificazione di questa scelta deriva da una fin troppo ovvia constatazione. La riduzione dell'orario che si opera nei regimi di lavoro a tempo parziale rispecchia esigenze di flessibilità più difficili da tipizzare e si ispira a scelte organizzative non sempre coincidenti con ragioni obiettive. Nell'Accordo sul lavoro a tempo parziale l'enfasi è posta sulla creazione di occupazione, più di quanto non lo sia nell'Accordo sul lavoro a termine, dove non è sorprendente rileggere l'auspicio, già formulato dal Consiglio di Lussemburgo, che si proceda a 'modernizzare l'organizzazione del lavoro.'

In un recente Rapporto sullo stato di applicazione della Direttiva 99/70,[738] la Commissione fa emergere i punti controversi ed in certi casi ancora rimasti irrisolti nell'interpretazione e nei successivi interventi dei legislatori nazionali.

Un primo risultato ci dice che gli Stati membri sono stati prevalentemente in ritardo nella trasposizione della Direttiva. Ciò ha dato luogo all'avvio delle procedure di infrazione per la mancata comunicazione circa l'adozione delle misure necessarie. Anche se tali procedure sono state evitate – si pensi al caso della Grecia – esiste la consapevolezza di problemi interpretativi ancora non risolti, da affidare alla discrezionalità dei giudici nazionali attraverso il rinvio pregiudiziale.

Si discute inoltre di valutare – ed il tema è di grande interesse in termini comparati – i diversi regimi delle eccezioni. Si pensi, ad esempio, al particolare caso delle forze armate in Irlanda e nel

---

[737] Cfr. clausola 6.2 della Direttiva 1997/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all' accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES 'tenuto conto dell'evoluzione della situazione', espressione che non si rinviene nella Direttiva 1999/70

[738] Commission Staff Working Document, Report by the Commission services on the Implementation of Council Directive 1999/70EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on Fixed-term Work Concluded by ETUC, UNICE and CEEP (EU-15), 11.8.2006, SEC (2006) 1074

Regno Unito ed al suggerimento della Commissione di ridurre l'eccezione alle sole forze combattenti. Altro esempio controverso è quello degli insegnanti di religione in Spagna, esposto ad una possibile procedura di infrazione nei confronti di quel paese.

Anche il principio di non discriminazione dà adito a interpretazioni controverse. Si segnala in molti paesi la difficoltà di individuare nello stesso luogo di lavoro (clausola 3.2) i 'lavoratori a tempo indeterminato comparabili', così come indicato nella clausola 4.1. Si discute su cosa debba intendersi per trattamento meno favorevole nell'applicare il principio di non discriminazione, ovvero se le condizioni di lavoro vadano intese nella loro interezza. Sembra inevitabile l'intervento dei giudici nazionali in questi casi particolari, meritevoli di una valutazione *ad hoc*.

Di notevole rilievo, come si evince dalla giurisprudenza della CGE, è la prevenzione degli abusi nel settore pubblico ed ancor più la scelta della sanzione opportuna, se la conversione in contratti a tempo indeterminato non è proponibile.

Il Rapporto della Commissione si sofferma brevemente su alcuni dei casi giurisprudenziali che saranno esaminati nel prossimo paragrafo, a conferma di un intreccio interessante fra due diverse, eppure complementari, attività di monitoraggio circa lo stato di attuazione del diritto comunitario. La trasposizione di una direttiva apparentemente così lineare non è indolore. Cerchiamo di capire perché.

3. La Corte di giustizia ed il lavoro a termine in alcune recenti decisioni

Nel trattare della giurisprudenza della CGE in materia di contratti a termine non si può non prendere le mosse da *Mangold*[739], un caso che ha riscosso molta attenzione – ed anche taluni giudizi critici – per motivazioni che in parte esulano dall'economia di questo scritto. Più che sulla Direttiva 1999/70, i commentatori del caso in questione si sono soffermati sulla violazione della Direttiva 2000/78 ed in particolare sul divieto di discriminazione in ragione dell'età.

La Corte invoca il 'principio generale del diritto comunitario' a non essere discriminati al fine di aggirare un problema non secondario, relativo alla mancata trasposizione della Direttiva 2000/78 nell'ordinamento tedesco. In forza di tale principio preesistente alla Direttiva, la Corte richiama il compito del giudice nazionale di disapplicare la normativa in contrasto con lo stesso ed applicare la norma sopranazionale, anche quando il termine per la trasposizione della direttiva non è ancora scaduto.[740] Questa dirompente interpretazione ha indotto i commentatori a riflettere circa un'eccessiva espansione del principio di non discriminazione, inclusivo di comportamenti discriminatori non ancora del tutto assimilati dagli ordinamenti nazionali. Anche la successiva giurisprudenza della Corte ha preso le distanze da una tale impostazione.[741]

---

[739] Causa C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, 22.11.2005, Racc. 2005 I-9981. Oltre a S. Sciarra, *Norme imperative…,* cit. a nota 30, rinvio, per un commento a questa sentenza, a V. Piccone e S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, FI 2006, IV

[740] *Mangold*, cit., punti 74 - 77

[741] Causa C-13/05 *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, 11.7.2006, Racc. 2006 I-6467. In questo caso, relativo ad una presunta violazione del principio di non discriminazione nei confronti di soggetti disabili, la Corte non accoglie l'assimilazione suggerita dal giudice del rinvio fra lavoratore malato e lavoratore disabile. Non si può, pertanto, estrapolare dall'art 13 TCE un principio generale di non discriminazione, specialmente in presenza di concetti, come quello di handicap, non ben definiti dall'ordinamento. Cfr. a riguardo i punti 56-58 nelle Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa in oggetto, rese il 16.3.2006. Si vedano inoltre le Conclusioni dell'Avvocato generale in Causa C-411/05 *Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, presentate il 15 .2.2007, fortemente critiche nei confronti di *Mangold*, in un caso di presunta discriminazione in un regime di pensionamento obbligatorio

Pur nella consapevolezza della ben più ampia rilevanza di *Mangold* nel diritto comunitario, è utile ai nostri fini riflettere sulle modalità adottate dal legislatore tedesco per piegare lo strumento del contratto a termine a politiche occupazionali più flessibili ed in quanto tali rispondenti alle finalità richieste da una riforma del mercato del lavoro.

Nel caso tedesco l'obbligo per i datori di lavoro di giustificare l'apposizione del termine si attenua fino a scomparire in ragione di una diversa tutela accordata ai lavoratori ultracinquantenni. La tutela – si potrebbe dire con ricorso ad un concetto tipico del gergo comunitario – della loro occupabilità, a fronte di una potenziale esclusione dal mercato del lavoro, diviene prevalente rispetto ad un più tradizionale antidoto utilizzato nel diritto del lavoro, quello dei limiti legali posti alla discrezionalità organizzativa del datore di lavoro.

Nelle sue Conclusioni[742] l'Avvocato Generale sottolinea che le leggi in materia di contratti a termine, succedutesi nell'ordinamento tedesco fin dalla metà degli anni Ottanta e culminate in una disciplina che trae origine dalle proposte della Commissione *Hartz*[743], si caratterizzano infatti per avere assunto come obiettivo principale la promozione dell'occupazione e per 'voler perseguire una propria scelta di politica economica e sociale indipendente dai vincoli comunitari'[744].

Questo passaggio viene ripreso dalla Corte nel rilevare che 'i successivi abbassamenti dell'età oltre la quale è consentita la stipula di contratti a tempo determinato senza restrizioni sono giustificati non già dalla necessità di applicare l'accordo quadro, ma da quella di incentivare l'occupazione delle persone anziane in Germania'[745]. Pertanto non vi sarebbe violazione della clausola 8.3 dell'Accordo quadro, la così detta clausola di non regresso, invocata dal ricorrente, poiché politiche occupazionali come quella su cui si innesta la controversia esulano dalle finalità della Direttiva. Si dimentica in questo passaggio della decisione il preambolo della Direttiva ed i richiami in essa presenti alle politiche occupazionali varate dal Consiglio di Lussemburgo.

Anche se la Direttiva sul lavoro a termine non figura al centro delle argomentazioni della Corte, ad essa viene comunque fatto riferimento per affermare che la normativa nazionale controversa è 'misura di attuazione' di tale legislazione comunitaria secondaria e dunque vincolo ineliminabile per l'ancoraggio al 'diritto comunitario' ed ai principi generali su cui lo stesso si fonda[746]. Alla legge che regolamenta il lavoro a termine, fonte di trasposizione della Direttiva 1999/70/CE nell'ordinamento tedesco, si deve dunque guardare per poter invocare i principi di diritto comunitario preesistenti alla Direttiva medesima, fra cui il principio di non discriminazione, riconosciuto, come la Corte ricorda in apertura del suo ragionamento, in numerose fonti internazionali.[747]

Nonostante questo richiamo, l'argomentazione della Corte non ruota intorno alla Direttiva sul lavoro a termine, né si addentra a fondo nella stessa. La clausola di non regresso, secondo cui la

---

[742] Causa C- 144/04 *Mangold*, Conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 30 giugno 2005

[743] Per cui si rinvia a M. Fuchs, *I contratti di lavoro flessibile in Germania*, DLRI 2005, p. 135 ss. Riferimenti anche in D. Schiek, *The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation*, ILJ 2006, p. 329 ss.

[744] *Mangold,* Conclusioni, cit., 76

[745] *Mangold*, cit. a n. 41, punto 53

[746] *Mangold*, punto 74

[747] *Mangold,* punto 7, dove si richiamano i *considerando* 1 e 4 della Direttiva 2000/78/CE

normativa di trasposizione della Direttiva non 'costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela' dei lavoratori, mostra in questa operazione tutta la sua intrinseca debolezza. Se fosse intesa come obbligo di *standstill*, essa costringerebbe il legislatore nazionale in uno stato innaturale di inattività, privandolo delle sue essenziali prerogative sia nell'iniziativa, sia nella scelta delle soluzioni ritenute più adatte alla promozione dell'occupazione. Se fosse interpretata come clausola di trasparenza [748], essa funzionerebbe solo come premessa per motivare e razionalizzare le scelte storicamente succedutesi nella trasposizione delle norme comunitarie.

Una conferma della natura ambigua di questa clausola si ricava dal modo in cui la Corte Costituzionale ha recentemente affrontato un'intricata questione interpretativa del Decreto legislativo n. 368/2001 che traspone la Direttiva 1999/70/CE in materia di contratti a tempo determinato.[749] Le norme di trasposizione sono ritenute dal giudice che solleva la questione di legittimità costituzionale doppiamente peggiorative, e pertanto in violazione della clausola di non regresso, poiché sottopongono a condizioni prima inesistenti il diritto di precedenza nelle assunzioni a termine di lavoratori agricoli stagionali.

Nel citare la sentenza *Mangold,* richiamata come *ius superveniens* a distanza di circa un anno dall'ordinanza di rimessione, la Corte Costituzionale fa sue le parole della CGE ed afferma che 'una *reformatio in peius* della protezione offerta dalla legislazione nazionale ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'Accordo quadro, quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo punto'. Il riferimento è al passaggio della sentenza *Mangold* in cui la CGE, avendo considerato che l'abbassamento dell'età è controbilanciata da maggiori tutele legate alla disciplina dei contratti a tempo determinato, fa notare che altra cosa è valutare il regime delle tutele non connesse all'applicazione del medesimo Accordo quadro.[750]

Pur dovendo riconoscere che l'ordinanza di rimessione poneva in termini troppo schematici – e forse non condivisibili – la questione della comparazione fra regimi di tutela dei lavoratori, è pur vero che nella sua decisione la Corte Costituzionale decontestualizza il passaggio della sentenza *Mangold*, per estrapolare in modo repentino un precedente ed attribuire allo stesso una portata generale.

Mangold viene in questo modo elevata dalla Corte al rango di fonte vincolante, senza peraltro valutare la funzione della clausola di non regresso posta in primo piano dal giudice che solleva la questione di costituzionalità. Quel che più colpisce è che la Corte Costituzionale non si soffermi a considerare la controversa interpretazione del principio di uguaglianza fornita dalla CGE.

Il panorama delle tutele previste per i lavoratori a termine è, per lo meno in *Mangold*, discontinuo. Nell'esame che la CGE fa della Direttiva 1999/70 colpisce la divaricazione fra le misure promozionali dell'occupazione, cui si fa riferimento nel Preambolo dell'Accordo quadro con il

---

[748] U. Carabelli e V. Leccese *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, Contratto e impresa. Europa 2005, p. 539 ss.

[749] Corte Cost. Ordinanza n.252/2006 28 giugno 2006, GU 05.07.2006 n. 27, prima serie speciale, p.79 ss. La questione di legittimità costituzionale (sollevata da Trib di Rossano 17 maggio 2004, RGL 2005 II, p.85, con nota di A. Andreoni) degli artt. 10 c.9 e 10 e dell'art. 11 c. 1 e 2 del d.lgs n. 368/2001, attuativo della Direttiva 1999/70 verte sulla violazione del'art. 76 Cost., nella parte in cui tali norme abrogano la normativa previgente che conferiva il diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la stessa qualifica, a favore di lavoratori stagionali assunti con contratto a termine

[750] *Mangold*, punto 52

richiamo al vertice straordinario di Lussemburgo del 1997, e le misure intrinsecamente collegate allo svolgimento del rapporto di lavoro. Queste ultime non dovrebbero essere dissociate dalle prime nell'ambito di un'interpretazione sistematica della fonte comunitaria. Invece lo diventano, quando l'occhio dell'interprete si sposta verso un altro obiettivo, quello onnicomprensivo della promozione dell'occupazione, parte qualificante delle prerogative dei governi nazionali, nei limiti imposti agli stessi dalle condizioni economiche generali.

Sulla scorta di queste considerazioni, che mettono concretamente alla prova il binomio flessibilità-sicurezza richiamato nel Preambolo dell'Accordo quadro, sembra utile analizzare altre recenti decisioni della CGE.

L'improvvisa - e per certi aspetti un po' sorprendente - centralità del contratto di lavoro a tempo determinato nel dialogo fra le corti nazionali e la Corte di Lussemburgo si aggancia in modo interessante a nuovi percorsi interpretativi, volti a garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

A questo riguardo è utile prendere in esame due decisioni della CGE, a seguito di ordinanze per rinvii pregiudiziali del Tribunale di Genova.[751] Tali decisioni, affiancate in rapida successione ad una lunga sentenza di poco precedente,[752] conferiscono visibilità ed autorevolezza alla legislazione comunitaria secondaria, da cui scaturiscono i diritti fondamentali dei lavoratori. Questo dato è rilevante anche perché si tratta – è bene ricordarlo – di una Direttiva che recepisce un accordo quadro siglato dalle parti sociali.

In *Marrosu* e *Sardino*[753] ed in modo simile in *Vassallo*[754], la mancata conversione in contratti a tempo indeterminato di contratti a termine più volte prorogati da parte di un'azienda ospedaliera, induce i ricorrenti a ritenere che sia stata violata la normativa nazionale ed in particolare il decreto legislativo 368/2001, che traspone la Direttiva 1999/70/CE. Il datore di lavoro fa invece valere le disposizioni relative al lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (d.lgvo 30 marzo 2001, n.165) che, in ragione della particolare forma di reclutamento vigente nel settore pubblico, non consentono tale automatica conversione. L'azienda ospedaliera invoca inoltre la giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato tali norme non lesive del principio di uguaglianza e di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione. Quest'ultimo principio ha guidato la Corte Costituzionale nel ritenere ragionevole il diverso trattamento riservato ai lavoratori pubblici, assunti attraverso il meccanismo del concorso.

Sennonché, a detta di uno dei giudici del Tribunale di Genova, la Corte non tiene conto nella sua decisione della compatibilità del decreto 165/2001 con i principi comunitari, cui si rifà il decreto 368/2001, fonte di trasposizione della direttiva e dunque espressione dell'adempimento da parte

---

751 Una delle due ordinanze, Tribunale di Genova, ordinanza 21 gennaio 2004, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2004, p. 693 ss. è commentata da L. Zappalà

752 Causa C- 212/04 *Adeneler e altri*, 04.07.2006, Racc. 2006 I-6057. In merito si rinvia ai commenti di C. Vigneau, *Lé regime des contrats à durée déterminée en droit communautaire*, DS 2007, p.94 ss.

753 Causa C- 53/04, *Marrosu* e *Sardino,* 07.09.2006

754 Causa C-180/04, *Vassallo*, 07.09.2006. Si veda, per una nota alle sentenze citate, A. Gabriele, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia*, RGL 2006, II, p. 614 ss.

dello stato italiano degli obblighi derivanti dalla sua appartenenza all'UE.[755] In entrambi i ricorsi si discute degli abusi compiuti da parte del datore di lavoro nel fare ricorso a contratti a termine. Ciò comporta una smisurata estensione dell'interpretazione circa le ragioni obiettive cui tali forme di lavoro flessibile dovrebbero conformarsi. La clausola 5 dell'Accordo quadro indica che proprio tali pratiche abusive devono essere prevenute dagli Stati membri.

Nelle sue Conclusioni l'Avvocato Generale Poiares Maduro si sofferma su un punto delicato nel quadro di più ampi equilibri istituzionali.[756] Anche se, per quanto riguarda la conversione dei contratti a termine, gli Stati possono discrezionalmente escludere alcuni settori dall'applicazione della Direttiva, essi devono farlo osservando il principio di uguaglianza, che è principio dell'ordinamento comunitario. Egli confuta con fermezza l'argomento presentato dal governo italiano nel caso *Vassallo*, secondo cui l'accordo quadro incorporato nella Direttiva non poteva ritenersi vincolante nei confronti delle pubbliche amministrazioni, perché firmato solo da organizzazioni sindacali del settore privato. 'Senza bisogno di interrogarsi sull'identità delle organizzazioni che hanno stipulato l'accordo, – si sostiene nelle Conclusioni - va precisato che il testo da interpretare possiede il carattere normativo di una Direttiva adottata dal Consiglio'.[757]

L'Avvocato Generale non può ignorare il verdetto della Corte costituzionale italiana, che va in direzione opposta alle sue argomentazioni. Nel rendere un omaggio quasi retorico ai principi da essa sanciti, egli ricorda che le finalità perseguite dagli articoli 3 e 97 della Costituzione devono essere adeguate, secondo un criterio di proporzionalità, al rispetto del principio di uguaglianza. Nel ritenere legittimo il diverso trattamento riservato ai pubblici dipendenti, reclutati attraverso pubblici concorsi, la Corte costituzionale si discosterebbe, secondo l'Avvocato generale, da un principio di diritto comunitario.

La CGE condivide queste conclusioni nella sua decisione e specifica con forza che le misure volte a prevenire gli abusi nel ricorso ad assunzioni a tempo determinato devono essere proporzionate, ma anche sufficientemente efficaci per raggiungere gli obiettivi indicati nella Direttiva.[758]

Si può sostenere che la parità di trattamento fra lavoratori pubblici e privati si basi nei due casi di cui si discute su un criterio più accessibile di comparabilità di quanto non sia dato cogliere in *Mangold*. L'efficacia diretta della clausola 5 dell'Accordo quadro, giustificata anche dalla natura pubblica del datore di lavoro, rende più consistente l'intero impianto della Direttiva, ritenuta altrimenti troppo vaga nella indicazione fornita agli stati membri di 'prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato'. La

---

[755] Così nel ricorso che riguarda il caso *Marrosu* e *Sardino*, dove si ritiene prevalente una fonte di diritto interno sull'altra, in forza del primato del diritto comunitario (cit. a n. 55, p. 699). In *Vassallo* il Tribunale di Genova dubita che la Direttiva sul contratto a termine si applichi alle pubbliche amministrazioni e tuttavia ritiene di rinviare in via pregiudiziale alla CGE

[756] Conclusioni presentate il 20 settembre 2005 per le cause riunite C – 53/04 e C – 180/04

[757] *Ibidem*, punto 26

[758] Cfr. punto 36 in *Vassallo* e punto 51 in *Marrosu.* In un caso recente, relativo alla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, la CGE si confronta nuovamente con una giurisprudenza costituzionale nazionale difforme ed afferma comunque il primato del diritto comunitario con il conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicare il diritto interno, per affermare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione come principio generale del diritto comunitario. Cfr. Causa C-81/05 *Anacleto Corsero Alonso v Fondo de Garantìa Salarial (Fogasa)*, 7.9.2006

necessaria discrezionalità da riconoscere agli Stati, quanto alle misure da adottare, non esclude la natura vincolante delle prescrizioni contenute nella Direttiva.

In molti significativi passaggi entrambe le decisioni fanno frequente riferimento a *Adeneler,*[759] un altro caso originato da un rinvio pregiudiziale, sempre in materia di successione abusiva di contratti a termine nel pubblico impiego, in violazione della già citata clausola 5 dell'Accordo quadro. Nel tentativo di sradicare una tale diffusa pratica di ricorso al lavoro a termine, il governo greco, pressato dalla Commissione, aveva optato per un'estensione del termine finale entro cui trasporre la Direttiva, ma anche dopo la trasposizione aveva accumulato ulteriore ritardo nell'adottare misure volte a limitare i comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione.

In *Adeneler* si richiama *Pfeiffer*[760]*,* a proposito dell'interpretazione conforme cui sono tenuti i giudici nazionali, e si precisa che se l'obiettivo indicato dalla Direttiva non può essere raggiunto per via interpretativa, la responsabilità degli stati per i danni causati ai singoli è quella risalente a *Francovich* e *Faccini Dori*.[761] Ed inoltre, continuando a tessere una rete fitta di riferimenti, la Corte cita *Mangold* per affermare che la stabilità dell'occupazione è elemento primario della protezione dei lavoratori, il che rende potenzialmente esposta ad abusi la pratica del rinnovo dei contratti a termine.[762]

Alcuni punti di questa decisione aiutano a comprendere le motivazioni che guidano la Corte nella sua sottile e perseverante costruzione di un coerente apparato di tutele per i lavoratori a tempo determinato. Tutto ruota, a ben vedere, intorno alla nozione di 'ragioni obiettive', quelle che, secondo la clausola 5 (1) (a) dell'Accordo quadro, servono a giustificare il rinnovo dei contratti a termine. Non essendovi alcuna definizione delle 'ragioni obiettive' nella fonte comunitaria, il significato va ricercato nelle finalità generali dell'Accordo quadro. Pertanto le 'ragioni obiettive' vanno ricondotte a 'precise e concrete circostanze che caratterizzano una certa attività' in grado di giustificare la successione di più contratti in un determinato contesto. Una disposizione che consente una successione automatica e priva di giustificazioni dei contratti a termine priva i lavoratori di una tutela primaria.[763]

Come si può notare, nelle decisioni analizzate la legislazione comunitaria secondaria disegna un cerchio inviolabile intorno ai diritti fondamentali. Si può sostenere che la Direttiva sul lavoro a tempo determinato emerga da questa giurisprudenza della Corte con una sua propria statura ed autorevolezza, quasi a voler smentire il disincanto di chi ha sostenuto che la Corte – e con essa gli Avvocati Generali - non abbiano ancora appreso un linguaggio dei diritti fondamentali nella

---

[759] Cit. a n. 54

[760] Causa C-397/01 *Pfeiffer v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e V*, 05.10.2004, Racc. 2004 I-8835

[761] La giurisprudenza della CGE è richiamata in *Adeneler*, cit. a n. 54, rispettivamente ai punti 108 e 112. C. Vigneau, *Lé regime*, cit a n. 54 fa notare che la CGE vuole in tal modo conferire valore vincolante a quelle norme della Direttiva che sembrerebbero avere, altrimenti, una funzione meramente 'dichiarativa' (p.97). Resta peraltro difficile garantire la prevenzione degli abusi nel ricorso al lavoro a termine, specialmente alla luce del ruolo marginale giocato dalla clausola di non regresso.

[762] *Adeneler,* punto 62

[763] *Adeneler*, punti 69 e 73

materia del diritto sociale europeo.[764] I casi di cui qui si discute aprono, al contrario, nuove prospettive per la giustiziabilità dei diritti fondamentali, solidamente incardinati anche in una Direttiva che recepisce un Accordo quadro.

Tanto più significativo appare l'uso del linguaggio adottato dalla Corte, quanto più esso si insinua in aspetti apparentemente marginali del diritto comunitario.

Alcune considerazioni merita a tale riguardo un recente caso, inviato alla Corte in via pregiudiziale da un giudice spagnolo e non ancora deciso.[765]

Il rifiuto di riconoscere ad una lavoratrice a termine una particolare indennità riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato induce il giudice nazionale a ritenere violata la clausola 4 dell'Accordo quadro, che vieta ogni trattamento meno favorevole, se non giustificato da ragioni obiettive. Poiché si tratta di una lavoratrice dipendente da un ospedale pubblico, si pone nuovamente la questione dell'efficacia della Direttiva anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

La prosa sicura dell'Avvocato generale Poiares Maduro ci assiste ancora una volta nei labirinti di una giurisprudenza divenuta ormai ricca di sorprese. Un punto controverso attiene alla definizione di lavoratore nel diritto nazionale ed all'impossibilità, più volte ribadita dalla Corte, di assorbire in una nozione onnicomprensiva le diverse accezioni del termine.

È dunque importante valutare approfonditamente le giustificazioni che sono addotte per introdurre un trattamento differenziato, a meno di non volere, come già affermato in *Adeneler*, *Marrosu* e *Vassallo*, rendere irrilevante l'Accordo quadro nelle parti in cui si prevede che siano adottate misure di prevenzione degli abusi nel ricorso ai contratti a termine. Su questo punto l'Avvocato generale ribadisce l'importanza di lasciare alle corti nazionali la valutazione degli elementi oggettivi che giustificano l'esclusione di tali contratti dalla sfera di efficacia della Direttiva. Spetta anche alle corti nazionali valutare la conformità con il diritto comunitario delle posizioni assunte dal *Tribunal Supremo* quanto alla non comparabilità delle condizioni di lavoro applicate ai lavoratori pubblici, a causa del loro particolare status professionale. [766]

Più complessa e densa di implicazioni è la questione relativa all'esclusione esplicita della retribuzione dalla competenza del Trattato (art. 137(5)) e della possibilità di ricondurre le prestazioni retributive di cui si dibatte all'ampia nozione di condizioni lavorative non discriminatorie per il lavoratore a termine.

La Commissione, intervenendo nella causa, fa riferimento alla giurisprudenza della Corte in materia di parità di trattamento fra uomo e donna per sostenere che l'art. 137(5) non preclude l'esame di effetti incidentali della retribuzione inerenti all'applicazione della legislazione secondaria. L'assenza di un preciso riferimento nella Direttiva 1999/70 non esclude, secondo la Commissione, che la retribuzione sia da intendersi parte essenziale delle 'condizioni di lavoro.'

---

[764] B. De Witte, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. De Búrca e B. de Witte (a cura di) *Social Rights in Europe*, Oxford, OUP 2005, p.156

[765] Causa C-307/05 *Yolanda Del Cerro Alonso v Osakidetza (Servicio Vasco de Salud)*

[766] Cfr. punto 15 delle Conclusioni rese il 10 gennaio 2006

Il cambio di rotta dell'Avvocato generale ci conduce verso altri lidi. Piuttosto che risalire alle Direttive 76/207 e 75/117 ed alla relativa giurisprudenza della Corte, appare più solido il riferimento alla Direttiva 77/187 sul trasferimento d'impresa, adottata nell'ambito delle misure sull'attuazione del mercato comune. In relazione a questa fonte la giurisprudenza ha osservato che la retribuzione è parte delle condizioni lavorative da salvaguardare, al fine di garantire un'efficace tutela ai lavoratori interessati dai trasferimenti. Una riduzione della retribuzione comporta, nel contesto di quella fonte, un significativo cambiamento delle condizioni di lavoro, da preservare nella loro interezza, senza con questo danneggiare gli equilibri del mercato.[767]

Al contrario, la Direttiva sul lavoro a termine poggia sulla base giuridica dell'art. 139 (2) TCE, che prevede l'incorporazione degli accordi quadro su richiesta delle parti collettive firmatarie degli stessi. Tali accordi si muovono nell'ambito delle competenze segnate dall'art. 137 TCE, ovvero di quella stessa norma che - nel comma 5 - esclude la retribuzione dalla competenza comunitaria. È da sottolineare la rilevanza di questo passaggio che consente all'Avvocato generale di non lasciare che il suo ragionamento si areni nelle secche di pericolose contraddizioni.

Il timone è tenuto ben fermo in un'interpretazione che tende a rafforzare la portata dell'Accordo quadro. I contratti a termine emergono da questa lettura per quello che sono nella realtà degli ordinamenti nazionali: misure di una flessibilità regolata, strumenti di una gestione efficiente da parte dei datori di lavoro che sappiano combinare prerogative imprenditoriali e rispetto dei principi fondamentali. Il diritto comunitario preserva in tal modo la sua funzione equilibratrice: senza incursioni nelle dinamiche del mercato, che sarebbe turbato da un'interpretazione estensiva delle direttive sulle politiche sociali, esso può valorizzare il principio di non discriminazione quale bussola nella parificazione delle condizioni lavorative, inclusa la retribuzione.

4. Conclusioni: elementi di 'modernizzazione' nella disciplina del lavoro a tempo determinato

Alcune considerazioni conclusive possono essere tratte da quanto detto fino ad ora.

Allungare lo sguardo oltre i confini dell'UE serve a sottolineare che le politiche del diritto del lavoro possono – se così si sceglie di fare – poggiare su un patrimonio significativo di idee e di interpretazioni, rispettoso del ruolo giocato dagli attori collettivi, come pure dalla giurisprudenza. Nella gran parte dei casi tali analisi segnalano elementi di continuità nella trasformazione della materia e propensione all'adattamento dei principali istituti, in ragione di mutate condizioni economiche generali e di una diversa organizzazione del lavoro.

È notevole la distanza che separa il dibattito teorico sull'evoluzione del diritto del lavoro dalle esili proposte adombrate nel *Libro verde.* Sia nella gran parte dei paesi industrializzati, sia nei paesi in via di sviluppo, la ricerca sembra orientata verso l'individuazione di nuove sinergie fra politiche occupazionali e riforme del mercato del lavoro collegate alla rivisitazione dei principali istituti.

In particolar modo la ricerca promossa dall'OIL si muove su traiettorie ampie di comparazione e coglie dati innovativi nella analisi interdisciplinare, insinuata con grande maestria nel dibattito europeo con il Rapporto Supiot e poi adattata ad un contesto internazionale.

Il *Libro verde* non si ispira alla terminologia adoperata in quel Rapporto e sembra non volersi appropriare di una progettualità orientata a costruire il futuro della materia. Nella scelta di limitarsi

[767] Il riferimento dell'Avvocato generale al punto 21 delle Conclusioni è a Causa C- 425/02 *Delahaye*, 11.11.2004 Racc. 2004 I-10823

ad imbastire i confini di una modernizzazione contingente del diritto del lavoro, potrebbe nascondersi una strategia di attesa da parte della Commissione. L'ampia consultazione avviata – e certo facilitata dal ricorso a strumenti informatici – potrebbe indurre la Commissione a trarre nuova energia e nuove fonti di ispirazione nell'ampliare le sue prospettive di ricerca e nel modulare le opzioni sulle politiche da adottare.

Il contributo della giurisprudenza, come emerge dai pochi casi selezionati ed analizzati in precedenza, offre spunti problematici di riflessione e tuttavia si orienta verso la valorizzazione di tutti gli strumenti a disposizione del giurista europeo. Sembra quasi che la giurisprudenza pratichi – e non solo predichi – la modernizzazione nel perseguire un'interpretazione critica ed avanzata delle fonti comunitarie.

In presenza di piani interpretativi e progettuali non perfettamente collimanti, si può suggerire che spetti ad un'attenta e scrupolosa indagine comparata colmare il divario, in modo da mettere in evidenza le lacune degli ordinamenti nazionali, ma anche gli spazi aperti all'innovazione, attraverso una corretta trasposizione e interpretazione del diritto comunitario.

Opportunamente la CGE interpreta l'Accordo quadro sul lavoro a termine non diversamente da altre fonti di diritto comunitario secondario. Il richiamo alla base giuridica su cui esso è fondato, presentato in modo sottile dall'Avvocato generale in *Del Cerro Alonso*, serve a salvaguardare, non a ridurre, la funzione della Direttiva che lo recepisce. Due aspetti interconnessi ne risultano valorizzati: la vincolatività nei confronti degli Stati membri della clausola 5 relativamente alla prevenzione degli abusi nel fare ricorso a contratti a termine e la necessità di sanzionare i comportamenti abusivi dei datori di lavoro.

Ugualmente significativa appare la ricognizione attenta svolta dalla CGE in relazione alle ragioni obiettive che consentono il ricorso a contratti a termine successivi. Essa offre indicazioni circostanziate per l'adeguamento, sia pure in via interpretativa, delle misure legislative nazionali che non individuano correttamente i limiti da apporre a comportamenti arbitrari del datore di lavoro.[768]

Il rinvio alle corti nazionali per la ricerca della soluzione adatta a garantire la perfetta osservanza degli obblighi nascenti dall'appartenenza all'UE è inevitabile e nel contempo problematica. Particolarmente per il lavoro pubblico, essa pone il problema non secondario della reperibilità delle risorse finanziarie sia nell'ipotesi della conversione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, sia nel caso di altre misure compensative.

Solo il richiamo ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario può assistere la CGE nel preservare la sua funzione di guardiana dei Trattati, senza scivolare in un'inaccettabile invadenza delle competenze degli Stati. La ricerca di un punto di equilibrio da parte dei giudici di Lussemburgo non sembra facilitata dal richiamo alle politiche occupazionali, come si è visto in *Mangold*. Al contrario, il comprensibile *self-restraint* che spinge la CGE a non oscurare le scelte dei governi

---

[768] Cfr. A tale riguardo C. App. Bari 20.7.2005, FI 2006, I, 1540, che circoscrive l'ambito delle ragioni obiettive 'giustificabili' nel contesto del d lgvo 368/2001, anche alla luce del diritto comunitario (la legge delega era contenuta nella legge comunitaria) e della sentenza della Corte Cost. 2000/41 (FI 2000, I, 70) che dichiarò inammissibile il referendum abrogativo della disciplina in questione, poiché avrebbe esposto lo stato italiano a responsabilità per inadempimento nei confronti della CE

e dei parlamenti nazionali, rende gli strumenti di *soft law* marginali nella costruzione delle sue argomentazioni.

Non resta dunque che guardare all'iniziativa del legislatore nazionale per correggere le distorsioni esistenti e per prevenire nuovi abusi nel ricorso al lavoro a termine.[769] All'assenza di un metodo di coordinamento delle politiche legislative nazionali supplisce per ora con competenza la CGE.

[769] Si rinvia, per un esempio significativo nel panorama comparato, a F. Valdés dal Re e J. Lahera Forteza, *La nuova riforma del mercato del lavoro in Spagna*, DLRI 2006 ed a *Social partners agree on further labour market reform*, EIRR 2006, p. 24 ss., per ulteriori informazioni sulla riforma spagnola. Una riforma della disciplina del contratto a termine figura anche nei programmi del Ministro del lavoro italiano. Si veda il Comunicato stampa del 3 Novembre 2006, accolto tiepidamente da CISL e UIL e criticamente dalla Confindustria.

Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*

Pasquale Chieco

1. Introduzione. Le modificazioni apportate dalla L. 27. 12.2006, n. 296 (Finanziaria 2007) all'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 216

2. La corresponsabilità negli appalti prevista dalla legge 4.8.2006, n. 248 (c.d. legge Bersani) 217

3. L'ulteriore ampliamento della solidarietà del committente di cui all'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 e i problemi di coordinamento e sovrapposizione con la legge Bersani 219

4. Le modificazioni e le integrazioni apportate dalla Finanziaria 2007 all'art. 7 d. lgs. 626/1994 222

5. L'ambito di applicazione della corresponsabilità del committente 224

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 52/2007

1. Introduzione. Le modificazioni apportate dalla L. 27. 12.2006, n. 296 (Finanziaria 2007) all'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003

Non c'è dubbio che all'indomani del d. lgs. 276/2003 e della fluidificazione degli appalti quale tecnica di esternalizzazione del lavoro, la questione della responsabilità dell'impresa capofila dei processi di segmentazione produttiva sia divenuta centrale nel dibattito (scientifico e non) per i gravi riflessi sulle sorti dei diritti dei lavoratori coinvolti[770].

Non a caso, del resto, dopo la iniziale disattenzione per tale questione, riflessa nella discussa e oscura formulazione delle disposizioni in materia[771], la responsabilità solidale del committente era già stata rivisitata e in qualche misura rafforzata nel 2004 con un decreto correttivo del d. lgs. 276/2003. Il d. lgs. 6.10.2004, n. 251, infatti, aveva esteso la responsabilità del committente prevista dall'art. 29, co. 2, d. lgs. 276/2003 agli *appalti di opere* (inizialmente esclusi) oltre che di *servizi* rendendo altresì applicabile lo stesso regime di responsabilità nel caso di appalti eseguiti dall'acquirente mediante il ramo di azienda oggetto di cessione (art. 32, co. 2, d. lgs. 276/2003). Il tutto, seppure con l'attribuzione alla contrattazione collettiva della possibilità di stabilire un regime di solidarietà diverso da quello legale[772].

Ebbene, ponendosi lungo la traiettoria inaugurata dal decreto correttivo del 2004, il *comma 911* dell'art. 1 della l. 27.12.2006, n. 248 (Finanziaria 2007) rafforza ulteriormente il precetto generale della responsabilità solidale negli appalti contenuto nell'art. 29, 2 co., d. lgs. 276/2003[773]. Esso, infatti, in primo luogo, eleva (da uno) a due anni dalla cessazione dell'appalto il termine di decadenza entro il quale i soggetti interessati possono agire nei confronti del *committente imprenditore o datore di lavoro*[774] perché, in solido con l'appaltatore, risponda dei *trattamenti retributivi e previdenziali dovuti*[775]. In secondo luogo, abroga la possibilità in precedenza attribuita alla contrattazione collettiva di disporre di questo regime di responsabilità solidale così affermandone l'inderogabilità.

---

[770] Cfr. per uno sguardo complessivo Speziale, *Appalti e trasferimenti d'azienda*, in Garofalo, Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 535 ss.

[771] Il riferimento è alla originaria formulazione nel d. lgs. 276/2003 dell'art. 29, comma 2 (che stabiliva la responsabilità solidale del committente per trattamenti retributivi e contributi previdenziali ma la limitava, inspiegabilmente, al solo *appalto di servizi*, senza neppure stabilire cosa esso fosse e in che cosa distinguesse da un *appalto di opere*), e dell'art. 32, comma 2 (che in caso di appalto eseguito mediante il ramo di azienda in precedenza ceduto, prevedeva -anche qui inspiegabilmente- che tra appaltante e appaltatore operasse il diverso regime di solidarietà di cui all'art. 1676 c.c.).

[772] Per più ampi riferimenti alla questione v. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti* labour intensive, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 202-207, e ivi per l'analisi dettagliata del corposo dibattito sviluppatosi sul punto.

[773] Cfr., Miscione, Garofalo, Moratorio, *Lavoro e previdenza nella Finanziaria 2007,* in *Lav. giur.*, I, 2007, 2, 113 ss., per un sguardo complessivo.

[774] Non si è colta l'occasione per eliminare questo riferimento del tutto improprio al datore di lavoro che secondo talune opinioni lascia forse intendere l'applicabilità dell'obbligo di solidarietà anche ai committenti non imprenditori che siano, però, a loro volta datori di lavoro, ovvero, in altri termini, titolari di una propria organizzazione (sia pure non imprenditoriale) nell'ambito della quale l'appalto viene concesso: cfr. Corazza, *"Contrattual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 170-172, anche per il confronto di questa soluzione con l'espressa esclusione dall'ambito di applicazione dell'obbligo di solidarietà ex art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 disposta nei confronti dei committenti quando agiscano come «*persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale*» (art. 29, comma 3-*ter*).

[775] Anche sul punto la norma permane impropriamente formulata in quanto l'obbligo solidale di pagamento del committente viene riferito indistintamente ai lavoratori che sono in realtà titolari del diritto a ricevere i trattamenti retributivi ma non i contributi previdenziali dovuti e non pagati che competono invece all'ente previdenziale.

Tuttavia, l'innovazione di maggior spicco operata dal *comma 911* della Finanziaria 2007 è quella di estendere la responsabilità solidale del committente sancita dall'art. 29, co. 2, ai trattamenti retributivi e previdenziali dovuti ai dipendenti (oltre che dell'appaltatore) di *ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori*.

Con una formula identica a quella che vedremo utilizzata nella stessa legge (*comma 910*) per individuare l'ambito oggettivo di applicazione della responsabilità solidale del committente in materia di indennizzo per i danni alla salute dei lavoratori (sulla quale ci soffermeremo più avanti: v. par.fo 4), la Finanziaria 2007 affianca e implementa la strategia inaugurata dall'art. 35 della L. 4.8.2006, n. 248 (c.d. legge Bersani) mirante alla responsabilizzazione delle imprese che operano scelte organizzative di frantumazione del ciclo produttivo ovvero di esternalizzazione dei servizi.

Vediamone i (complicati) intrecci.

2. La corresponsabilità negli appalti prevista dalla legge 4.8.2006, n. 248 (c.d. legge Bersani)

Entro un ampio disegno di lotta al lavoro nero e di contrasto alla evasione e alla elusione fiscale, l'art. 35 della legge Bersani ha previsto l'introduzione (commi 28-34) di un articolato meccanismo nel quale il ruolo centrale del sistema di responsabilizzazione dell'impresa è rappresentato – *non* dalla responsabilità solidale negli appalti quale prevista dall'art. 29, co. 2, d. lgs. 276/2003, bensì – dalla previsione di una "sanzione" (*melius*, una delle sanzioni) che scatta per il mancato rispetto di un meccanismo -che potremmo definire- *di accertamento preventivo di regolarità fiscale e contributiva*, secondo il quale l'*appaltatore* deve pagare il corrispettivo ai propri *subappaltatori* solo dopo avere verificato che questi ultimi abbiano effettuato nei confronti dei propri dipendenti una serie di adempimenti.

In particolare, il comma 28 dell'art. 35, l. 248/2006 mira a garantire la *effettuazione e il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente* nonché il *versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* relativi ai dipendenti del «*subappaltatore*», costituendo in capo «*appaltatore*» un obbligo solidale di versamento. Tale responsabilità solidale, tuttavia, «*viene meno*» se l'appaltatore, prima di pagare il corrispettivo al subappaltatore, accerta -mediante documentazione da individuarsi con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e della previdenza sociale (allo stato non ancora emanato[776])-, che gli adempimenti fiscali e contributivi connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore (comma 29)[777].

Al riguardo, va subito sottolineato che questo articolato meccanismo presenta una doppia rilevante delimitazione:

---

[776] Il decreto andava emanato entro 90 dalla entrata in vigore della L. 4.8.2006, n. 248.

[777] L'ultima parte del comma 29 dell'art. 35 l. 248/2006, consente infine all'appaltatore di sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione da parte del subappaltatore della predetta documentazione.

- in primo luogo oggetto della tutela *non* sono i diritti retributivi dei lavoratori coinvolti nei processi di segmentazione della produzione o di esternalizzazione dei servizi[778], bensì i diritti dello Stato e degli enti assicurativi e previdenziali;

- in secondo luogo, *l'accertamento preventivo di regolarità* riguarda le figure dell'*appaltatore* e del *subappaltatore* mentre rimane estraneo il committente (ma v. *infra*), con una impostazione che si sviluppa sul discutibile presupposto di una diversità tipologica tra appalto e subappalto[779].

Tuttavia, pur essendo ad esso estraneo, il committente è nondimeno investito a sua volta dagli effetti del meccanismo *de quo*.

Invero, ai sensi del comma 32 dell'art. 35 della legge 248 del 2006, «*Il committente provvede al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione attestante che gli adempimenti di cui al comma 28 connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore*.

La formula non impeccabile della norma[780] viene tuttavia chiarita dal successivo comma 33 che sanziona il committente per l'inosservanza delle modalità di pagamento previste nel precedente comma 32[781] nel caso in cui gli adempimenti previsti dal comma 28 «*non sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dagli eventuali subappaltatori*» (la sottolineatura è nostra).

Insomma, il *committente* dovrà versare all'appaltatore il corrispettivo dovuto solo a condizione di accertare (mediante l'acquisizione della documentazione da individuarsi nell'apposito decreto interministeriale) che siano stati regolarmente effettuati gli adempimenti fiscali e contributivi dovuti nei confronti *sia dei dipendenti del proprio appaltatore che dei suoi eventuali subappaltatori*; ed ove paghi il corrispettivo all'appaltatore senza effettuare tale controllo imposto dalla legge sarà esposto ad una sanzione amministrativa pari da 5.000 a 200.000 Euro, che tuttavia scatterà (non automaticamente, ma) nel caso in cui gli adempimenti fiscali e contributivi con siano stati regolarmente effettuati dall'appaltatore ovvero dai suoi subappaltatori.

Ebbene, in attesa del decreto interministeriale che (come precisa il comma 33) renderà operativa questa disciplina, si può sin d'ora osservare che il meccanismo di accertamento preventivo della regolarità fiscale e contributiva è costruito con l'intento di provocare un duplice e rilevante effetto. Esso fungerà, per un verso, da strumento di esonero della corresponsabilità dell'*appaltatore* per gli adempimenti nei confronti dei dipendenti dei *subappaltatori* (comma 29) e, per altro verso, da formale e necessario presupposto per il pagamento di quanto dovuto dal *committente* all'*appaltatore* (comma 32).

---

[778] Altra cosa è, ovviamente, l'indiretto effetto favorevole sul rispetto dei diritti dei lavoratori che ha il meccanismo introdotto dalla legge Bersani.

[779] In senso analogo Cinelli., Nicolini, *L'avvio della XV Legislatura. Il DPEF 2007-2013 e il "Decreto Bersani"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, III, 214-215.

[780] Gli adempimenti indicati dal comma 28 dell'art. 35 sono infatti opera (non dell'appaltatore, ma) del subappaltatore mentre l'appaltatore, come detto, è solo chiamato a rispondere in via solidale ove tali adempimenti non siano stati eseguiti.

[781] Con sanzione amministrativa da euro 5.000 a euro 20.000.

Desta, tuttavia, qualche perplessità la scelta operata dalla l. 248 del 2006 in merito alla figura (strategica) del committente il quale, all'esito dei meccanismi descritti, può essere sanzionato sul piano amministrativo ma non chiamato a rispondere quale responsabile in solido con appaltatore e subappaltatore delle omissioni fiscali e contributive in danno dei dipendenti dell'uno e/o dell'altro[782]. In tal modo, la legge n. 248 del 2006 piuttosto che legare i vari soggetti giuridici partecipi della filiera produttiva con il vincolo legale della responsabilità solidale, limita quest'ultima ai soli subappalti e colloca il proprio baricentro su di un sistema preventivo che condiziona il pagamento dei corrispettivi alla esibizione di documentazione attestante la regolare esecuzione degli adempimenti fiscali e contributivi.

3. L'ulteriore ampliamento della solidarietà del committente di cui all'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 e i problemi di coordinamento e sovrapposizione con la legge Bersani

Le conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo sono tuttavia ancora parziali in merito alla questione della responsabilità solidale del committente che, pur se estranea al descritto meccanismo introdotto dalla legge Bersani, torna in primo piano grazie all'ultima parte del comma 34 dell'art. 35, l. 248/2006.

Qui, infatti, si precisa che «r*esta fermo quanto previsto dall'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, che deve intendersi esteso anche per la responsabilità solidale per l'effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente.*»

In tal modo e con efficacia immediata[783], vengono introdotte due prescrizioni.

Per un verso si afferma a chiare lettere che l'entrata in vigore (con l'emanazione del decreto interministeriale) dei commi da 28 a 33 dell'art. 35 della l. 248/2006 è destinata a non incidere in alcun modo sulla portata e sull'operatività dell'art 29, 2 co., d. lgs. 276/2003 così ribadendo quanto già peraltro deducibile dal complesso delle disposizioni dello stesso art. 35: il meccanismo ivi introdotto non condizionata la persistente e immediata operatività della responsabilità solidale negli appalti di opere e di servizi in vigore sin dal 2003. Per altro verso, seppure con una formula (l'art. 29, comma 2, *deve intendersi* …) che lascia pensare ad una norma interpretativa (mentre la nostra evidentemente non lo è), si stabilisce che nei medesimi appalti la responsabilità solidale del committente sancita dall'art. 29, 2 co. d. lgs. 276/2003 si estende alla *effettuazione* e al *versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente.*

Tenendo conto anche delle modifiche introdotte dalla Finanziaria del 2007 in relazione alla responsabilità solidale in favore dei dipendenti dei subappaltatori (v. par.fo 1), il confronto delle due proposizioni del Decreto Bersani e del nuovo disposto dell'art. 29, co. 2, d. lgs. 276, consente

---

[782] In proposito, si potrebbe sostenere che quelli che dall'esterno denominiamo appaltatore e subappaltatore nel rapporto diretto ben possono essere considerati, rispettivamente, come committente e appaltatore, costruendo per questa (tortuosa) via in capo al committente e verso i dipendenti dell'appaltatore quella obbligazione solidale che è testualmente prevista in capo alla figura dell'appaltatore verso i dipendenti del subappaltatore. Tuttavia, questa operazione interpretativa, oltre che di dubbia utilità (v. *infra*), lascerebbe irrimediabilmente assente la responsabilità solidale del committente per gli omessi adempimenti fiscali e contributivi in danno dei dipendenti del subappaltatore al quale il proprio appaltatore abbia subappaltato in tutto o in parte le opere o i servizi affidatigli dal committente: ovvero, quella responsabilità che costituisce il cuore delle scelte operate con la Finanziaria 2007.

[783] È da ritenere che l'ampliamento della responsabilità dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 276 disposto dalla norma in esame sia entrato immediatamente in vigore a differenza del meccanismo di *accertamento preventivo di regolarità*, espressamente condizionato al decreto interministeriale attuativo.

di prefigurare alcuni problemi che potranno sorgere a causa dell'interazione, a regime, dei due complessi normativi.

Invero, all'esito della (pretesa) "interpretazione" proposta dal comma 33, dell'art. 35 della Bersani, la responsabilità solidale del *committente* prescritta dall'art. 29, co. 2, d. lgs. 276/2003, *non* si estende ai *contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* oggetto, viceversa, della obbligazione solidale posta dal comma 28 della legge Bersani tra *appaltatore* e *subappaltatore*. La corresponsabilità per il mancato versamento dei contributi all'Inail si ferma dunque ai subappalti e non tocca l'appalto e, quindi, la figura del committente. Si tratta di una scelta poco comprensibile, anche alla luce delle ulteriori garanzie introdotte in materia di indennizzi da infortunio e malattia professionale dalla legge Finanziaria (v. par.fo successivo).

Va detto tuttavia che tale sfasatura è destinata a dissolversi per altra via.

Invero, come si è già osservato, il meccanismo previsto dall'art. 35 della l. 248/2006 di accertamento preventivo della regolarità fiscale e contributiva funge da presupposto legale necessario per il corretto pagamento da parte dell'*appaltatore* del corrispettivo spettante ai propri *subappaltatori* e, quindi, di quanto dovuto dal *committente* allo stesso *appaltatore*. Ciò significa, allora, che, ove puntualmente osservato, il meccanismo di garanzia *ex ante* certifica legalmente la insussistenza di fatti generatori (inadempimenti di appaltatore ed eventuali subappaltatori) della obbligazione solidale del *committente* che, nello schema legale dell'art. 29 d. lgs. 276 può sussistere solo a condizione di "affiancare" la *responsabilità diretta* (verso i propri dipendenti) *e solidale* (verso i dipendenti dei subappaltatori) gravante sull'*appaltatore*[784] che, viceversa, il rispetto del meccanismo previsto dalla Bersani fa *venire meno*.

In altri termini, con l'emanazione del decreto interministeriale attuativo della legge Bersani, l'acquisizione della (pubblica) certificazione attestante che lo stesso *appaltatore e* i suoi *eventuali subappaltatori* hanno regolarmente provveduto a effettuare e versare le ritenute fiscali nonché a versare i contributi previdenziali e quelli assicurativi obbligatori dei rispettivi dipendenti, fungerà da presupposto di fatto e di diritto per il venir meno della responsabilità solidale del committente, prevista, *per i medesimi titoli*, dall'art. 29 co. 2, d. lgs. 276/2003. Quella certificazione, infatti, avrà valore ricognitivo della insussistenza delle posizioni creditorie di natura fiscale e previdenziale (*alias*, riconducibili allo Stato) e, nello stesso tempo, effetto liberatorio del *committente* (ovvero dell'*appaltatore* verso i dipendenti dei *subappaltatori*) il quale, effettuato il pagamento, non potrà più essere chiamato a rispondere - in via solidale - nel caso in cui, successivamente, emergessero nuove posizioni creditorie per i medesimi titoli; fatta eccezione, ovviamente, per i trattamenti retributivi dovuti ai dipendenti dell'appaltatore e dei subappaltatori, estranei – come detto – al meccanismo di cui ai commi 28-33 dell'art. 35 della legge Bersani.

Certo, a regime, potrà astrattamente discettarsi sulla possibilità che il *committente*, prima di pagare, si limiti ad accertare che *appaltatore* e *subappaltatori* abbiano versato le tasse al Fisco e i contributi previdenziali all'Inps disinteressandosi, viceversa, del versamento dei contributi assicurativi all'Inail contando sulla insussistenza di una sua corresponsabilità *ex* art. 29 d. lgs. 276.

---

[784] Non è necessario qui indagare sulla qualificazione giuridica della obbligazione solidale *de quo* posto che in tutte le ipotesi prospettate in dottrina (dalla obbligazione accessoria di garanzia all'accollo, alla fideiussione *ex lege*: cfr. per un esame analitico Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, 530-536) la responsabilità del committente si estingue con l'adempimento dell'appaltatore.

Tuttavia, tale eventualità sembra alquanto remota non solo perché, comunque, esporrebbe il committente alla sanzione amministrativa prevista dal comma 33 dell'art. 35 della legge Bersani, ma ancor più perché il mancato accertamento del corretto versamento dei contributi assicurativi in favore dei dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore creerebbe il presupposto (*melius*, uno dei presupposti) per far scattare a carico del committente una diversa ipotesi di responsabilità solidale: quella prevista dal *comma 911* della Finanziaria 2007 a tutela dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore e/o subappaltatore nel caso di infortuni e malattie professionali rimasti privi di indennizzo (v. par.fo 4).

In ogni caso, ulteriori questioni sono destinate ad emergere con l'emanazione del decreto interministeriale che darà attuazione al meccanismo di accertamento preventivo di regolarità: questioni legate -a differenza di quella testé esaminata relativa ai versamenti Inail- al fatto che l'art. 35 della legge Bersani contiene alcune (ulteriori) importanti prescrizioni in merito alla disciplina del contratto di appalto tra *appaltatore* e *subappaltatore* che si sovrappongono a quelle, di diverso contenuto, del d. lgs. 276/2003 con riferimento al contratto di appalto stipulato dal *committente* con l'*appaltatore*.

Così è con riferimento alla durata della coobbligazione del *committente* in merito al versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali la cui azione decade decorsi due anni dalla cessazione dell'appalto ex art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 mentre nessun termine breve pone l'art. 35, commi 28-33, della legge Bersani in relazione alla responsabilità solidale dell'*appaltatore* per l'adempimento dei medesimi versamenti in favore dei dipendenti del *subappaltatore*. Ciò significa che nel caso di omesso versamento dei contributi previdenziali e delle ritenute fiscali relative ai dipendenti del *subappaltatore* gli enti previdenziali e l'amministrazione finanziaria potranno agire entro il termine di decadenza di due anni sia nei confronti del *committente* che del suo *appaltatore* mentre, superato il biennio e nei limiti degli ordinari termini prescrizionali, resiuderà la sola azione verso l'*appaltatore*. Nel caso, invece, che le medesime omissioni si verifichino da parte dell'*appaltatore* gli enti previdenziali e l'amministrazione finanziaria avranno a loro disposizione solo l'azione verso il *committente* a decadenza biennale.

Tuttavia questa maggiore estensione temporale della responsabilità solidale dell'*appaltatore* si accompagna alla limitazione quantitativa degli importi dovuti che, l'art. 35, comma 30, della Legge Bersani prescrive non possano eccedere, *complessivamente*, il corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore[785].

Nessuna limitazione quantitativa, invece, è posta dall'art. 29, co. 2, alla responsabilità solidale del *committente* che risponde illimitatamente delle omissioni contributive e fiscali relative ai dipendenti di *appaltatore* e *subappaltatori*.

Sicché, in definitiva, di fronte all'azione di recupero degli enti previdenziali e del fisco per gli omessi adempimenti nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore e subappaltatore il *committente* risponde in via solidale brevemente ma illimitatamente rispetto all'*appaltatore* la cui

[785] La diversa formula utilizzata dalla legge Bersani rispetto all'art. 1676 c.c. porta a ritenere che l'ammontare del corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore valga a definire il tetto di quanto dovuto agli enti previdenziali e al fisco per effetto della responsabilità solidale, a prescindere quindi da quanta parte del corrispettivo sia stata già versata al subappaltatore che, pertanto, non varrà a ridurre l'ammontare de debito solidale per il quale è tenuto l'appaltatore.

obbligazione è più duratura ma è contenuta entro i limiti del valore nominale del corrispettivo dovuto al subappaltatore.

Nel complesso, al di là delle differenziazioni da ultimo rilevate, sembra possibile sciogliere la intricata matassa normativa scorgendovi una certa complementarità tra le disposizioni dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 e quelle della legge Bersani. Invero, il meccanismo di corresponsabilità del d. lgs. 276 destinato ad operare *ex* post (a mancati versamenti ormai avvenuti), viene affiancato con la l. 248/2006 (commi 28-33) da un meccanismo di accertamento preventivo diretto a garantire *ex ante* il corretto adempimento di tutti i versamenti fiscali e contributivi, la cui osservanza -all'esito dell'emanazione del decreto interministeriale che lo renderà operativo- farà venire meno *i presupposti di fatto* della responsabilità solidale dell'art. 29, 2 co., d. lgs. 276/2003, salvo che per i trattamenti retributivi dei lavoratori[786].

Il tutto, merita sottolineare, lasciando completamente all'esterno le pubbliche amministrazioni committenti che, già escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 29 d. lgs. 276/2003 (*ex* art. 1, co. 2), lo sono altresì espressamente dall'applicazione del meccanismo di accertamento preventivo della Bersani (art. 35, co. 34).

4. Le modificazioni e le integrazioni apportate dalla Finanziaria 2007 all'art. 7 d. lgs. 626/1994

Si è anticipato che un ulteriore tassello del mosaico normativo sulla responsabilità solidale del committente è posto dal *comma 910* dell'art. 1 della Finanziaria 2007 contenente rilevanti modificazioni e integrazioni all'art. 7 del d. lgs. 19.4.1994, n. 626, che disciplina gli specifici profili di sicurezza del lavoro nelle ipotesi di affidamento di lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi.

Com'è noto, tale disposizione pone diverse obbligazioni in capo al datore di lavoro-committente, che vanno dalla verifica di idoneità tecnico-professionale degli appaltatori e dei lavoratori autonomi, alla fornitura di informazioni sui rischi specifici dell'ambiente in cui le loro prestazioni dovranno essere eseguite, sino alla prescrizione di attività di cooperazione e di coordinamento nell'attuazione delle misure di protezione e di prevenzione dei rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto, o comunque connessi all'interferenza tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva[787].

Ora, nella formulazione originaria dell'art. 7 citato, tale complesso di obblighi scattava solo nei casi di integrazione produttiva *interna* all'azienda o all'unità produttiva dell'impresa committente, con una delimitazione che riprendeva quella degli appalti "interni" di cui all'art. 3, comma 1, l. 1369/1960, all'epoca ancora vigente[788]. Ebbene, il *comma 910* della Finanziaria 2007 estende tutti gli obblighi previsti dall'art. 7 d. lgs. 626/1994 al caso in cui il datore di lavoro affidi lavori a

---

[786] Profilo, quest'ultimo, completamente estraneo -come si è detto- al meccanismo di accertamento preventivo della Bersani che lascia, pertanto, in via esclusiva al comma 2 dell'art. 29 d. lgs. 276 il compito di garantire i trattamenti retributivi dei lavoratori coinvolti nei processi di segmentazione dell'attività produttiva siano essi dipendenti dell'*appaltatore* ovvero degli eventuali *subappaltatori*.

[787] Per approfondimenti v., di recente, Marando, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006, 131 ss., e ivi per l'esame della giurisprudenza in materia, nonché Lai, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, 63 ss., con ampi riferimenti al dibattito dottrinale.

[788] Cfr. Corazza, *"Contrattual integration" e rapporti di lavoro*, cit., 188-190, che ha visto in questa previsione l'affermazione in un generale principio di corresponsabilità del committente per gli infortuni sul lavoro in caso di appalto "interno" all'azienda.

imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi «*nell'ambito dell'intero ciclo produttivo*» *della* (propria) *azienda*.

Pur se con formula sincopata, la circostanza che all'ipotesi originaria di affidamento di lavori da svolgere (mediante contratti di appalto o d'opera) all'interno dell'azienda si aggiunga quest'altra caratterizzata dal fatto che l'affidamento dei lavori da svolgere (con i medesimi contratti) riguardi l'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda, consente di individuare con ragionevole certezza l'effetto regolativo perseguito dalla norma. Con la modificazione apportata dal *comma 910* della Finanziaria 2007, gli obblighi dell'art. 7 d. lgs. 626/1994 sono destinati, infatti, ad operare in un ambito definito sia da un criterio *topografico* (lavori interni all'azienda o all'unità produttiva), che da un criterio di natura *funzionale* (lavori attinenti al ciclo produttivo).

Sul punto, che investe lo snodo problematico tra l'oggetto del contratto di appalto -ovvero di subappalto: v. *infra*- e l'ambito di applicazione degli obblighi (questa volta) di sicurezza dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione del contratto (*alias*, l'individuazione dei dipendenti dell'appaltatore nei cui confronti scattano tali obblighi di sicurezza), torneremo più avanti: salvo a rilevare sin d'ora l'utilità sistematica del predetto doppio criterio (topografico e funzionale) che emerge dalla nuova formulazione dell'art. 7, comma 1, d. lgs. 626/1994. Qui, invece, è necessario subito rilevare che, oltre ad ampliare gli "ordinari" obblighi di sicurezza del committente di lavori destinati alla integrazione produttiva, il medesimo *comma 910* della Finanziaria 2007 introduce altresì in capo a quest'ultimo una nuova obbligazione mediante l'aggiunta del comma 3*bis* all'art. 7 d. lgs. 626/1994. In forza di esso, «*l'imprenditore committente*» viene infatti chiamato a rispondere in solido con l'appaltatore «*nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori*» di tutti i danni subiti dal lavoratore «*dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore*» quando tali danni *non* risultino indennizzati dall'Inail.

Si tratta di una obbligazione solidale che, nell'allargare e consolidare il principio di responsabilità dell'impresa committente, si segnala per due precise scelte operate dal legislatore della Finanziaria 2007.

La prima consiste nel circoscrivere l'obbligo solidale ai committenti che abbiano la qualità di imprenditori, abbandonando il riferimento più generale dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 7 d. lgs. 626/1994 ai committenti "*datori di lavoro*"[789]. Si tratta di una scelta criticabile perché produce l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione (anche) di questa norma di tutela, i dipendenti di appaltatori e *sub*appaltatori di - nonché i lavori autonomi che acquisiscono commesse da - pubbliche amministrazioni e dalle organizzazioni non imprenditoriali.

La seconda scelta si muove, invece, in una diversa direzione in quanto, seppure per il solo imprenditore committente, allarga la responsabilità solidale ai dipendenti, oltre che degli appaltatori, di ciascuno degli eventuali *subappaltatori*, con una formula identica a quella utilizzata dal *comma 911* della Finanziaria 2007 (v. par.fo 1).

Circa, poi, l'oggetto della solidarietà, il riferimento della norma a «*tutti i danni per i quali il lavoratore … non risulti indennizzato dall'Inail*» introduce una connessione tra corresponsabilità del

---

[789] Sul significato di questa impropria formula v. nota 4.

committente e danno non indennizzato dall'istituto assicuratore il cui significato è di dubbia lettura. L'unica certezza, invero, emerge *in negativo* nel senso che la norma esclude sicuramente una corresponsabilità del committente per gli infortuni e le malattie professionali subiti dai dipendenti di appaltanti e subappaltanti[790].

A volere ipotizzare, allora, una interpretazione della norma può ritenersi che la nuova e *ordinaria* corresponsabilità del committente imprenditore da essa sancita vada individuata partendo dal principio generale dell'automaticità delle prestazioni assicurative e quindi del diritto soggettivo del lavoratore a riceverle dall'Inail, a prescindere dall'effettivo versamento dei premi-contributi[791]. Se, infatti, si ragiona a partire da questo principio, deve dedursene che la corresponsabilità del committente scatterà solo con riferimento ad eventi infortunistici che, indennizzati dall'Inail, generano tuttavia ulteriori danni - in danno dei dipendenti di appaltatori e subappaltatori - estranei all'obbligo assicurativo e, perciò, gravanti esclusivamente sul datore di lavoro[792].

La fattispecie sembra allora idonea a operare nei casi di danno biologico differenziale nonché a garanzia del risarcimento di danni come quello morale ed esistenziale, mentre va escluso che il committente possa essere chiamato in via solidale con il datore di lavoro appaltatore o subappaltatore a rispondere dell'azione di regresso in ipotesi intentata dall'Inail.

5. L'ambito di applicazione della corresponsabilità del committente

Sempre attraverso una lettura incrociata e, per alcuni versi, sovrapposta, delle norme che definiscono le forme di responsabilizzazione dei soggetti che innescano i – o partecipano ai – processi di segmentazione-integrazione produttiva va affrontata una questione decisamente spinosa[793]: quella della delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione del precetto di responsabilità solidale del committente. In altri termini si tratta, ora, di individuare con riferimento a *quali lavoratori* coinvolti in *quali appalti* la responsabilità solidale del committente si cumula con quella di appaltatore e subappaltatori a supporto dei pagamenti, versamenti e indennizzi innanzi descritti.

In proposito, di notevole interesse è la modificazione introdotta dal *comma 910*, lett. a), della Finanziaria 2007, all'art. 7, comma 1, d. lgs. 626/1994 al fine di connettervi gli obblighi di sicurezza del committente-datore di lavoro, ove si precisa, come si è visto, che tali obblighi sono destinati ad operare in un ambito definito sia da un criterio topografico (lavori *interni* all'azienda o all'unità produttiva) che da un criterio di natura funzionale (lavori attinenti al *ciclo produttivo* dell'azienda

Ebbene, incrociando i due criteri ne risulta una elevata capacità di identificazione degli appalti ricadenti nel precetto. In altri termini, la problematicità in taluni casi della tracciabilità oggettiva del ciclo produttivo può essere superata risolvendo l'incertezza (circa l'operatività del precetto in questione) in ragione dello svolgimento materiale dell'appalto all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva. Sicché, margini residui di incertezza potrebbero porsi solo con riferimento a situazioni

---

790 Per un recente esame di queste ipotesi v. Pasquarella, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, di prossima pubblicazione in Riv. giur. lav., n. 2/2007, ed ivi per ampi riferimenti giurisprudenziali.

791 Cfr., per tutti, De Matteis, Giubboni, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2005, 521 ss.

792 Ciò comporta, peraltro, che non potranno altresì beneficiare della solidarietà in questione le categorie di dipendenti assicurati presso soggetti diversi dall'Inail.

793 Cfr., per tutti, Ichino., Corazza, *Il nuovo mercato del lavoro. Inserto sulla correzione della c.d. riforma Biagi d. lgs. 6 ottobre 2005 n. 251*, Zanichelli, Bologna 2004, 15-17; Quadri, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interessi dell'impresa*, Jovene, Napoli, 2004, 302-303.

nelle quali all'incertezza circa la riconducibilità dell'oggetto dell'appalto al ciclo produttivo si associa lo svolgimento all'esterno dell'attività ad esso relativa.

Tuttavia, tali situazioni sembrano in radice superate dalla diversa e più ampia formula della norma cardine in materia, l'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003.

Qui, invero, si precisa che la responsabilità solidale del committente (imprenditore e datore di lavoro) sussiste con riferimento sia agli appalti di opere che di servizi così da togliere qualsiasi rilievo alla natura e alla funzione dell'attività commessa all'esterno della organizzazione.

In altri termini, è necessario e sufficiente che un soggetto (persona fisica o giuridica), nella qualità di titolare di una organizzazione (imprenditoriale o non imprenditoriale) sottoscriva un *qualsiasi* appalto per il "*compimento di un'opera o di un servizio*" (secondo la formula dell'art. 1655 c.c. e dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003), perché scatti l'operativa del principio di responsabilità e dei precetti di solidarietà di cui si è detto. È l'appalto e non la destinazione (ad integrarsi nel ciclo produttivo) delle opere e/o dei servizi mediante esso acquisiti, che funge da fatto generatore della responsabilità solidale del committente[794]. Ed è estremamente significativo che lo stesso ordine di considerazioni valga per l'obbligo risarcitorio gravante sul committente-imprenditore introdotto dal (nuovo) comma 3-*bis* dell'art. 7 d. lgs. 626/1994. Invero, svincolandosi dal doppio criterio spaziale e funzionale richiamato nel comma 1 – per dimensionare l'ambito di applicazione degli obblighi di sicurezza – la formula del comma 3-*bis* radica la responsabilità solidale per i danni non indennizzati dall'Inail puramente e semplicemente sulla figura dell'imprenditore committente e, quindi, sulla sua qualità di appaltante senza alcuna considerazione (anche in tal caso) per la destinazione delle opere o dei servizi acquisiti con l'appalto.

Viceversa, l'oggetto dell'appalto come precisamente individuato nel contratto tra committente e appaltatore varrà ad individuare l'ulteriore operatività dell'obbligo di solidarietà del committente nel caso in cui l'appaltatore ne subappalti, in tutto o in parte, l'esecuzione. Infatti, sia l'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 che l'art. 7, comma 3-bis, d. lgs. 626/1994, con formula simile, stabiliscono la responsabilità solidale del committente con ognuno degli eventuali subappaltatori in merito ai diritti (retributivi e di indennizzo da infortunio) e ai versamenti (previdenziali e fiscali) maturati dai loro dipendenti.

Qui, in definitiva, non si pongono gravi incertezze in merito alla identificazione dei subappalti rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione dei precetti normativi in esame, poiché l'unico dato rilevante è costituito dall'opera (o sua parte) o dal servizio (o sua parte) che l'*appaltatore subappalta* ai sensi dell'art. 1656 c.c. Proprio la qualità soggettiva spesa (appaltatore) e il *nomen* del contratto (subappalto) indicano l'immancabile fondamento della fattispecie nella esecuzione di un'opera o di un servizio che transita (in tutto o in parte) da un contratto (di appalto) ad un altro (di subappalto), con l'effetto di costituire il committente obbligato in via solidale con il subappaltatore per i titoli già esaminati.

---

[794] Rimangono, così, integralmente superati i gravi problemi di individuazione dell'ambito di applicazione del precetto di solidarietà che dottrina e giurisprudenza avevano affrontato nel vigore del precetto di solidarietà negli appalti interni di cui all'art. 3 l. 1369/1960 specie a causa della inconfigurabilità di una nozione naturalistica o ontologica di ciclo produttivo: cfr. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 512-520; Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino, 1996, 361-365, e ivi per ampi richiami giurisprudenziali.

Tuttavia, una volta individuati, sulla base dei criteri sin qui analizzati, i contratti di appalto e (quindi) di subappalto soggetti al precetto di corresponsabilità del committente, di particolare complessità risulta la precisa identificazione dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore in relazione alle cui prestazioni (retributive, previdenziali, fiscali ecc.) opera concretamente l'obbligazione solidale del committente.

In proposito un indirizzo non trascurabile emerge dal comma 33 dell'art. 35 della legge Bersani lì dove, nel disciplinare l'apparato sanzionatorio (v. *supra*) specifica che la sanzione amministrativa scatta quando il committente paga senza previamente accertare la regolare esecuzione da parte dell'appaltatore e/o del subappaltatore degli adempimenti fiscali e contributivi «*connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati*»[795].

Si tratta, peraltro, della stessa formula che il comma 28 della medesima disposizione utilizza per affermare la responsabilità in solido dell'appaltatore con il subappaltatore e che non sembra divergere da quella utilizzata nell'art. 1676 cod. civ. Qui, infatti, il principio ordinario della responsabilità solidale del committente con l'appaltatore (ovviamente nei limiti propri della norma codicistica) opera con riferimento ai crediti vantati da «*coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio*».

Se, allora, riproponiamo anche qui -secondo l'impostazione sistematica prescelta[796]- la lettura integrata e circolare dei criteri interpretativi miranti a stabilire l'ambito oggettivo di imputazione e delimitazione della responsabilità solidale del committente, dobbiamo ritenere che essa ricorra soltanto a favore dei dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore le cui prestazioni di lavoro siano *concretamente e direttamente attinenti all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto*, con esclusione di quegli altri la cui attività lavorativa sia meramente strumentale (si pensi alle prestazioni concernenti i servizi di gestione amministrativa dei lavoratori addetti all'appalto).

È evidente, tuttavia, che la stretta attinenza dell'attività del lavoratore all'oggetto dell'appalto, pur delimitando il perimetro di operatività della solidarietà del committente risulta di complessa applicazione sia nel caso in cui la prestazione attinente all'esecuzione dell'appalto investa solo una parte del tempo di lavoro del dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore (in ipotesi addetto anche ad altre attività), sia, più in generale, per la mancanza allo stato di un sistema oggettivo di conoscenza –a vantaggio di tutti i soggetti obbligati e beneficiari[797]- del contenuto

---

[795] Il riferimento alla fornitura, di per sé estraneo all'oggetto tipico dell'appalto, può spiegarsi forse con la manifesta volontà del legislatore di includere i casi di contratto di somministrazione aventi ad oggetto la fornitura continuativa di opere o di servizi che, ai sensi dell'art. 1570 c.c., vanno disciplinati secondo la normativa dell'appalto.

[796] La lettura circolare proposta è in linea, peraltro, con quanto già ritenuto in dottrina circa la continuità della responsabilità solidale dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, con quella affermata in via generale dall'art. 1676 cod. civ. poiché si è unanimemente ritenuto che le previsioni codicistiche individuassero la soglia al di sotto della quale il potere di rideterminazione del *quantum* di solidarietà del committente verso i dipendenti dell'appaltatore affidato dall'art. 29, comma 2, d. lgs. 276 alla contrattazione collettiva non potesse andare: v. per tutti Carinci, Imberti, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d. lgs. 251/2004*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Franco Carinci, vol. V, *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, 2005, 90, nonché di recente Pinto, *Prescrizione, decadenza e tutela dei crediti di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, *Diritto del lavoro*, coordinato da Franzo Carinci, Vol. III, *Estinzione del rapporto di lavoro e garanzie dei diritti del lavoratore*, a cura di Sandro Mainardi, cap. XI, ed ivi per l'esame della tematica nel complesso degli strumenti posti a tutela del diritti del lavoratore. Per l'affermazione che l'azione diretta dell'art. 1676 c.c. altro non è che la manifestazione di una obbligazione solidale (identica a quella dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 2176/2003) in quanto accorda ai dipendenti dell'appaltatore un credito proprio e diretto nei confronti del committente, v., tra gli altri, Corazza, *"Contrattual integration" e rapporti di lavoro*, cit., 174.

[797] Simile ad es. a quello previsto per il contratto di somministrazione dall'art. 21, comma 3, d. lgs. 276/2003.

dei contratti commerciali e, quindi, del modo in cui, concretamente, la filiera produttiva si snoda dal primo committente all'ultimo subappaltatore.

Peraltro, specie in caso di contestazioni al riguardo, non c'è dubbio che la oggettiva difficoltà nella individuazione dei lavoratori beneficiari della responsabilità solidale del committente diventa pressoché insormontabile quando ad essere azionata è la pretesa al versamento, da parte del debitore solidale, delle ritenute fiscali e dei contributi assicurativi e previdenziali non versati dall'appaltatore o dai subappaltatori. Se, infatti, il lavoratore coinvolto nell'esecuzione di un appalto ha generalmente la conoscenza dei processi produttivi e, quindi, è nelle (astratte) condizioni di provarli per valersi della solidarietà del committente nel pagamento dei trattamenti retributivi o dell'indennizzo da infortunio, altrettanto non può dirsi per l'amministrazione finanziaria ovvero per gli enti assicurativi e previdenziali che avranno enormi difficoltà a provare il coinvolgimento nella esecuzione dell'appalto del singolo lavoratore nei cui confronti siano in ipotesi maturate le omissioni fiscali e contributive.

Certo, un aiuto potrà venire dal decreto interministeriale previsto dalla legge Bersani che dovrà per forza di cose stabilire per quali dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore il committente sarà tenuto a richiedere la verifica del corretto adempimento degli obblighi fiscali assicurativi e previdenziali per andare esente dalla sanzione amministrativa di cui si è detto. E tuttavia, anche in considerazione delle sovrapposizioni evidenziate, sarebbe opportuna una complessiva rivisitazione della disciplina esaminata così da annullare l'effetto delle rilevate stratificazioni normative per renderla davvero funzionale e non eccedente al suo obiettivo di responsabilizzare le imprese che attivano processi di segmentazione e di integrazione produttiva e nello stesso tempo chiaramente conoscibile *ex ante* nelle implicazioni che comporta per il committente. Ci sembra, infatti, che la decisa e meritoria estensione dei meccanismi di responsabilizzazione del committente debba essere accompagnata da un adeguato sistema di conoscenza legale dei contratti che danno luogo ai fenomeni di integrazione produttiva perché solo coniugando responsabilità e trasparenza si può sperare di raggiungere un ragionevole equilibrio nel sistema.

The Transposition of EU Antidiscrimination Legislation into German Labour Law*

Maximilian Fuchs

I. Anti-discrimination as a fundamental element of German law 229
1. The rejection of discrimination in Basic Law 229
2. Direct effect of fundamental rights? 230
II. The position of the Federal Labour Court (BAG) 230
III. The ban on discrimination – the principle of equality of treatment in German labour law 232
1. Sex equality provisions 232
a) The transposition of Directive 76/207/EEC and 75/117/EEC 232
b) Positive action 232
2. Positive action in favour of severely handicapped persons 233
3. Equality of treatment of atypical work 233
4. Protection of elderly workers 234
IV. The transposition of EU discrimination law in Germany 235
V. The new Act on Equality of Treatment 237
1. Exclusion of dismissals from the scope of the Act 238
2. The regulation of sanctions 238

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 53/2007

I. Anti-discrimination as a fundamental element of German law

Before I get down to the main focus of my topic, the transposition of European anti-discrimination directives into German labour law I would like to give a short overview of the legal situation that existed before the German legislator transposed the directives. There are two reasons for this. Firstly, we will be able to retrace the extent to which the German legislator had been in a position to make an effective contribution to combating discrimination before Art. 13 was included in the EC Treaty by the Treaty of Amsterdam, which was the basis for then enacting the anti-discrimination directive. Secondly, even after the enactment of this directive it was generally believed in Germany that no transposition was in fact necessary as its essential elements were already anchored in German law.

1. The rejection of discrimination in Basic Law

It is not so long ago that the 60th anniversary of the end of the Second World War was celebrated. The 8th May, as the date of the official end of German Nazism, is most certainly relevant to the topic under discussion here. The National Socialist regime was one in which human peculiarities played a decisive role, serving as the basis for discrimination the extent of which today still cannot be comprehended by any feat of the imagination. So it is not surprising that the explicit rejection of discrimination was given constitutional status in the Basic Law of the Federal Republic of Germany as early as 23rd May 1949. Art. 3 of Basic Law states

(1) All humans are equal before the law.

(2) Men and women are equal. The state supports the effective realisation of equality of women and men and works to towards abolishing present disadvantages.

(3) No one may be disadvantaged of favoured because of his sex, parentage, race, language, home land and origin, his faith, or his religious or political opinions. No one may be disadvantaged because of his handicap.

And thus constitutes the central norm of German anti-discrimination legislation. A comparison with Art. 13 EC indicates that the German constitutional norm demonstrates the same approach, despite the fact that no mention is made of age or sexual orientation. Art. 3 par. 2 and 3 of Basic Law prohibit both direct and indirect discrimination providing there is no objective justification for discriminative practices in individual cases. In as far as equal treatment of men and women is concerned, Art. 3 par. 2 of Basic Law recognises not only the equal treatment precept. Sentence 2 of the provision includes an additional constitutional obligation to promote equality in the treatment of women. Art. 3 par. 3 sentence 1 Basic Law, that postulates the ban on unequal treatment founded on certain characteristics, was included most especially because of the persecution and discrimination of minority groups under the Nazi regime and is closely linked with the basic principle of human dignity anchored in Art. 1 Basic Law. Unfortunately, no majority was found in the German Parliament for an inclusion of sexual identity in the catalogue of Art. 3 par. 3 at the time this article came up for amendment in the year 1994. It was generally believed that this was already sufficiently protected by the basic principles of human dignity, general freedom of action and personal rights (Arts. 1 and 2 Basic Law). A majority was, however, found for the inclusion of a ban on discrimination against the disabled in Art. 3, aimed at strengthening the position of disabled people in law and society.

2. Direct effect of fundamental rights?

A simple reading of Art. 3 Basic Law could lead to the impression that this constitutional norm represents a ruling prohibition of discrimination that encompasses all spheres of life. This assumption is not true, however. It is necessary here to be acquainted with the discussion of the so-called direct effect or – as it is more clearly termed in the European context – the horizontal effect of fundamental rights that has been going on in Germany since the 1950s and still has not been concluded. The problem concerned in this context is whether or not fundamental rights pertain solely to the state-citizen relationship (vertical effect) or also to private relationships between citizens (horizontal effect). General opinion today postulates a so-called indirect effect of fundamental rights. In particular this indirect effect has evolved via the general clauses and other indefinite legal terms of civil law. For this reasons civil courts are obliged to take the system of values predetermined in the fundamental rights into consideration when applying or interpreting norms under private law. One opinion that is gaining ground, one that does not necessarily contradict majority opinion, assumes that the state has so-called protective obligations that arise from the fundamental rights. According to this opinion the obligation on the part of the state for the benefit of the fundamental rights of those subject to the norms leads to the necessity of a consideration of the values in the sense of creating a practical concordance. In other words, even in the case of a relationship between two private persons the state must guarantee a certain minimum floor of protection for the object of legal protection in question. This shall apply not only to the fundamental rights of freedom but also the fundamental rights of equality, in other words to Art. 3 Basic Law.

II. The position of the Federal Labour Court (BAG)

In contradiction to prevailing opinion, the Federal Labour Court upheld the precept of direct applicability of fundamental rights in labour law in the 1950s and 1960s. This standpoint had practical consequences, in particular in the case of collective agreements. The question arose as to whether parties to a collective agreement were bound by the fundamental rights. The Federal Labour Court affirmed this, on the grounds that the parties in collective agreements had been given the right to enact legal norms by the state. As the state itself was bound by the fundamental rights it must then follow that this applied equally to the partners of collective agreements exercising their authority to conclude contracts. The Federal Labour Court justified such direct application with the change in the meaning of the fundamental rights with the effect that "a series of significant fundamental rights in the constitution, albeit not all, guarantee not only rights of freedom against the authority of the state, … but (are) in fact regulatory principles for social life, that have a direct effect even on the private legal relationships between citizens, this arising from fundamental rights to an extent still to be developed more closely." The practical consequences of such a legal conception are obvious. As the Federal Labour Court was called upon to decide on a clause in a collective agreement whereby married men, but not married women, were entitled to an additional allowance for their spouses, this was seen as a violation of the equality principle of Art. 3 Basic Law which, due to the direct application of this provision, rendered the regulation null and void for the collective agreement parties.

The present situation is characterised by the fact that no chamber of the Federal Labour Court, nor of the Federal Constitutional Court either, has stated its position on the theoretical controversy of direct or indirect applicability of fundamental human rights. However, the fact remains

that with regard to Art. 3 Basic Law this provision is called upon as the authoritative guiding principle for the application and interpretation of regulations crucial for deciding civil disputes. The following will touch upon several significant judgments which indicate that the discrimination prohibitions or rather equality of treatment precepts included in Art. 3 Basic Law have proved important instruments in the prevention of discrimination. So it was that the Federal Constitutional Court held the ban on night work for women that existed at that time as a violation of Art. 3 paragraph 2 Basic Law and declared it unconstitutional. In many of its judgements the Federal Labour Court has objected to cases of open discrimination against women that were intended for inclusion in collective agreements on the grounds that they violated Art. 3 Basic Law and has thus made a significant contribution to these formulations of open discrimination being excluded for the most part from collective agreements. Moreover, the Federal Labour Court has been called upon in many cases to rule on questions of discrimination with regard to such characteristics that are subject to prohibition under Art. 3 par. 3 Basic Law. A few exemplary cases can be cited in this context. The first concerns the beliefs and religious views of an employee. The ban on discrimination for these reasons in Art. 3 par. 3 Basic Law is further strengthened by the formulation of the fundamental right in Art. 4 paragraph 1 Basic Law in which freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed is declared inviolable. On many occasions the judgements of the Federal Labour Court were concerned with situations characterised by the fact that an employee declared a faith, religious convictions or matters of conscience that were objectively, or in the opinion of the employer, inconsistent with the proper execution of the work to be performed. Three striking cases shall serve to illustrate the complex of problems. In one case the head of the research department of a pharmaceutical company had refused to work on the development of a new drug because the substance could also be used for military purposes so that the employee opposed its production on medical-ethical grounds. The employee was warned once and then given notice by the employer. The Federal Labour Court put high store by the fundamental right anchored in Art. 4 Basic Law and declared a dismissal to be lawful only if it had not been possible to give the person concerned another adequate work assignment. A second case, that not surprisingly attracted great public attention, concerned a sales assistant in a department store who wore a headscarf. The Federal Labour Court granted the religious creed precedence over the interests of the employer provided there was no specific real danger to the success of sales. The question of sexual orientation – as mentioned above – is not included in the attributes listed in Art. 3 Basic Law. Despite this the Federal Labour Court declared a dismissal as invalid that had been based solely on the homosexual inclinations of an employee. Its reasoning was based primarily on the fundamental right in Art. 2 par. 1 Basic Law (personal freedoms) and stated that the principle of good faith anchored in civil law (§ 242 Civil Code) "constitutes an intrinsic definition of content for all rights, legal situations and legal norms within whose scope the fundamental rights of freedom of contract must be balanced on the one hand with the right of respect for human dignity and the freedom of development of personality on the other. It would therefore constitute an abuse of legal rights should the employer exploit his private autonomy to dismiss the employer during the probationary period solely on the basis of his personal (sexual) behaviour.

In addition the Federal Labour Court has developed a so-called general principle of equality of treatment from Art. 3 paragraph 1 Basic Law, which the employer is obliged to observe with regard to all working relationships. It states that an employer may not exclude one or individual employees from benefits nor make any impositions on them without objective reasons.

III. The ban on discrimination – the principle of equality of treatment in German labour law

We have seen that Art. 3 and other fundamental rights of the German Basic Law have played an important role in the fight against discrimination in the area of labour law. Beside this contribution of labour law courts, especially of the Federal Labour Court, we need now to consider statutory law and its contribution to the prevention of discrimination and the realisation of the principle of equality of treatment.

1. Sex equality provisions

a) The transposition of Directive 76/207/EEC and 75/117/EEC

Fulfilling its obligations under Directive 76/207/EEC and 75/117/EEC the German legislator enacted in 1980 equality of men and women as a central principle of labour law. This was done by the insertion of respective provisions into the Civil Code. Section 611 a paragraph 1 of the Civil Code provides that an employer may not discriminate against any worker on grounds of sex in connection with an agreement or the adoption of a measure, particularly as regards establishment of the employment relationship, promotion, the giving of instructions or dismissals. A difference in treatment on grounds of sex is, however, permissible if an agreement or the measure concerns an activity which, owing to its specific nature can only be performed by workers of a particular sex. With regard to sanctions section 611 a paragraph 2 is shaped along the lines of the traditional law of damages. In other words, liability for damages is dependent on the proof that the employer was at fault. And liability for damages was only in respect of the loss incurred by the worker as a result of his reliance on the expectation that the establishment of the employment relationship would not be precluded by a breach of the principle of equal treatment. As a consequence, as was shown by the case 14/83 (von Colson and Kamann), the regular award of damages comprised only travel expenses and postal charges.

Here we meet a typical German problem in the transposition of European antidiscrimination directives. Since the realisation of the equality of treatment principle was effected through civil law channels, breaches of the principle had to be remedied in the same way as other breaches of contractual duties or wrongdoing under tort law. Every other outcome would have met with heavy resistance by the advocates of German civil law doctrine. This was shown in the wake of the judgment of the ECJ in the case von Colson and Kamann in which the ECJ laid the foundation stone for the principle of effectiveness of sanctions. This judgment met with strong criticism.

b) Positive action

Germany not only provided for a ban on discrimination of men and women, but also tried to make a contribution to what is normally called positive action. The German legislator was conscious of Art. 2 (4) of the Equal Treatment Directive which provided that the Directive shall be "without prejudice to measures which promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women's opportunities" (current version of Art. 2 (8): "Member states may maintain or adopt measures within the meaning of Art. 141 (4) of the Treaty with a view to ensuring full equality in practice between men and women.").

A special obligation was also placed on the legislator in Art. 31 of the Treaty on the establishment of German unity between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic. § 1 states: "It shall be the task of the legislator of united Germany to further develop legislation

on equal rights for men and women". It was generally believed that an improvement in the situation of women could not be achieved solely with bans on discrimination, that indeed additional targeted measures were required. The Law on Equal Rights from 1994 reflects the legislator's desire to implement this perception. This law was a combination of three individual laws that all had different aims. The first law, the Act on the Promotion of Women, applied only to the federal public services and the federal courts. Whereby women were to be promoted taking into consideration the precedence of ability, qualification and professional accomplishment. A side effect of the promotion was to be an increase in the percentage of women, in as far as fewer women than men were employed in certain categories. The most remarkable measure was the compilation of promotion plans for women. Each department was to set up flexible targets in order to increase the representation of women in recruiting policies and professional advancement. A large number of federal states have also enacted similar equality laws for their state authorities. These became a matter of European public attention after the provisions concerning the preferential treatment of women in the filling of vacant positions became the subject of legal disputes, which in the cases of Kalanke, Marshall and Badek led to preliminary rulings by the ECJ whose judgments effectively clarified the controversial issues.

In contrast, the second law - the so-called Act on the Protection of Employees - applied to all employees in both the private and the public sector. Its aim was the prevention of sexual harassment. This aim had been achieved in Germany long before the European legislator was able to rectify a similar concern in the amended Directive 76/207/ECC.

2. Positive action in favour of severely handicapped persons

Beginning after the end of the First World War and in the course of the last century a fully-fledged system of employment promotion in favour of severely handicapped persons was developed. Severely handicapped persons are those whose capacity for work is diminished by at least 50 per cent. It is a kind of positive action consisting of a bundle of measures, in part requiring employers to hire a certain quota of severely handicapped persons and to equip workplaces with facilities suited to persons in question, in part providing financial means to employers and handicapped employees in order to facilitate their integration into the labour market.

3. Equality of treatment of atypical work

Germany was one of the first countries in Europe to create comprehensive legislation concerning atypical work. In 1985 the Act on Promotion of Employment was passed in which fixed-term contracts, part-time work, job on call and job splitting got at least a rudimentary regulation. Part of the regulation was a provision which prohibited discrimination of part-time workers. But under section 6 of this Act it was possible to opt out of the statutory provisions on part-time work through a collective agreement even when the effect of this is to the disadvantage of the employee. With this provision, the legislature was continuing in a tradition of German labour law. As in many other areas, it was intended that here, too, priority was to be given to the autonomy of collective agreements. The assumption is that the parties to such agreements are better able than the legislature to arrive at objectively permissible deviations from statutory provisions and, moreover, that these parties are also sufficiently able to protect the interests of employees. In practice, therefore, collective agreements in Germany included numerous provisions confining particular payments and other benefits and advantages exclusively to full-time workers. Since many women

part-timers objected to such discriminatory rules in collective agreements, numerous cases were brought in which the subject-matter of the proceedings was the review of such provisions. The ECJ was therefore presented with many such cases in the form of references for preliminary rulings. Having once determined that the principle of equal treatment contained in Art. 141 (ex-Art. 119) EC also applied to collective agreements, the Court had to overturn numerous provisions in collective agreements relating to the exclusion of part-time workers from particular benefits on the basis of principles which it had developed in the context of ex-Art. 119 EC. The jurisprudence of the ECJ has without question had a decisive influence on the regulation of part-time work in the Federal Republic of Germany. The Federal Labour Court followed the lines established by the ECJ and embarked on this approach in the interpretation of the anti-discrimination rule in the Act on Employment Promotion. As a consequence at the latest since the second half of the 1990s discrimination of part-time workers has practically disappeared.

4. Protection of elderly workers

For many years securing the access of the elderly to the labour market and safeguarding their rights has been one of the most urgent and difficult problems to be solved. The size of the problem is illustrated by the fact that only 40 per cent of German shops employ at least one worker older than 50. Many steps were taken to get people back into the labour market, especially in the field of social security and employment promotion by the Federal Labour Agency, without great success. As far as labour law is concerned both legislation and labour courts made sure that employment contracts did not automatically terminate at a certain age level fixed by individual employment contracts or collective agreements. Setting a compulsory retirement age is acknowledged only when there are objective reasons for this (for example termination of employment contracts of aircraft pilots for security reasons). With regard to fixed-term contracts entered into by elderly persons it may suffice to the well-known case Mangold (C-144/04). In its judgment the ECJ held the German law pursuant to which a fixed-term employment shall not require objective justification if when starting the fixed-term employment relationship the employee has reached the age of 58 (until December 2006: the age of 52) incompatible with EU law. Since the facts of the case and the argumentation by the court are well-known I avoid detailing again the background of the case. In the following I shall concentrate on the impact which the judgment has had upon the developments in my country.

It is small wonder that the judgment met – as in many other European countries – with heavy criticism. I cannot outline in detail the manifold arguments put forward by the critics. Certainly the most central target of the critics was the assumption by the court that the principle of non-discrimination on grounds of age is a general principle of Community law. Apart from particular arguments to characterize the common tendency of the critics one might say that – as one author has put it – the ECJ uses the principle of proportionality and its link to the principle of equality as a weapon to put through its own social policy concept thus denying the competence of member states for shaping their social policies of their own ideas.

Against this critical reception of the ECJ line of reasoning it may seem astonishing that the Federal Labour Court in a judgment of 26 April 2006 obediently followed the ECJ decision in the Mangold case. It was not blind obedience, on the contrary it defended the ECJ position deliberately with admirable clarity. I single out two aspects of the decision. Firstly with reference to the statement by the ECJ in which the national judge is called upon for setting aside section 14 par. 3 of the

German law on fixed-term contracts although the period prescribed for transposition of the directive has not yet expired, the Federal Labour Court rightly underlines that this statement is in full harmony with consistent case-law of the ECJ und may not be confounded with the recognition of horizontal direct effect of directives which the ECJ continuously has denied. The second point to be referred to concerns that most contested statement according to which the principle of non-discrimination on grounds of age can be found in the constitutional traditions common to member states. Some critics had challenged this opinion by stating that only in the constitutions of two member states (Finland and Portugal) a ban on age discrimination is set down. In this context the Federal Labour Court reminds the critics of the famous judgments of the German Constitutional Court (Solange I and II). In the first decision of 29 April 1974 this Court stated that in the present state of evolution of the Community it would not renounce its right to uphold German fundamental rights. And only due to the fact that the ECJ elaborated on and developed a fully-fledged system of protection of fundamental rights the Constitutional Court twelve years later declared its willingness to no longer examine the compatibility of Community legislation with German fundamental rights. Quoting from this latter judgment the Federal Labour Court puts emphasis on that passage in which it is said that where certain rights are protected to differing degrees and in different ways in member states, the ECJ will look for some common underlying principle to uphold a part of Community Law. Even if a particular right protected in a member state is not universally protected the ECJ will strive to interpret Community Law so as to ensure that the substance of the right is not infringed.

As far as the answer to the ECJ judgment by the German legislator is concerned at the end of last year the Ministry of Labour presented a Bill which comprises a bundle of measures to improve occupational opportunities for the elderly people. And one of the provisions of the proposed law is aimed at meeting the requirements of the ECJ judgment in the Mangold case. An amendment is envisaged pursuant to which fixed-term contracts between an employer and an employee who has reached the age of 52 can be entered into if he has been unemployed for a period of at least four months or has received a special benefit which is awarded in situations of restructuring or if he has taken part in vocational training. The fixed-term may amount to up to a maximum of five years. Up to this time limit successive contracts of employment are allowed.

IV. The transposition of EU discrimination law in Germany

As you probably know, Germany has missed nearly every deadline provided for in the European directives combating discrimination. And it was only in August 2006 that Germany discharged its duties under European law. In the following I shall present the various attempts made in my country to transpose the directives and to show the difficulties and hurdles which could not be overcome. It is a story of the clashes between different legal orders, the European legal order and the domestic German legal order, clashes I would say, between different legal mentalities.

On 1 December 2001 the Federal Ministry of Justice presented the draft of an Act on the prevention of discrimination in civil law. The title of this law already tells much about the approach taken by the Ministry. The ban on discrimination should become a central element of German civil law or at least of selected areas of civil law. Therefore a special provision was enacted to be inserted into the Civil Code. The proposed article 319 a of the Civil Code read:

There shall be no discrimination on grounds of sex, race, ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation in relation to the conclusion, contents and termination of contracts

a) which are offered publicly

b) the subject matter of which is employment, medical assistance or education.

From the explanatory memorandum we can gather that the proposed law was intended to transpose Directive 2000/43. With regard to employment contracts the memorandum announced the creation of a special law implementing Directive 2000/78. Nevertheless the proposed article 319 a extended the ban on discrimination to include all reasons of discrimination contained in Directive 2000/78.

In choosing this approach the ministry hit a raw nerve. And in hindsight one can say that the choice of this strategy accounts for the shelving of the transposition of the directives for nearly five years. The publication of the bill was the beginning of one of the fiercest ideological battles among academic scholars, practical lawyers and politicians. It was mainly the voices of influential civil law scholars which characterised the discussion. To cut a long story short, the crucial argument was dedicated to the defence of one of the most cherished principles of civil law, private autonomy, or the right of the parties to enter into contracts of their own free will.

The critics did not question that the fight against discrimination was needed and that it should be waged with determination. But the command not to discriminate should be restricted to the state, not to private citizens. Civil law therefore – they said – is not an area in which the state is allowed to dictate its morality to its citizen in order to create a morally better world. On the contrary, the law of contract is governed by the dominance of the free will of the people. It is an area of freedom in which everybody is free to determine their private life according to their subjectively defined interests and preferences. "*Stat pro ratione voluntas*" – is the anthem of private autonomy. In contrast to this, the bill in question follows the guideline "*Pro voluntate stat ratio*". Against this background it is small wonder that one author formulated: "Discriminations are systematically inherent to societies and economies based on freedom. As a consequence, bans on discrimination represent in the area of private law – as opposed to the area of public law – a dangerous foreign element".

This position was widely accepted among private law scholars, opposite points of view were voiced mainly by public law experts. And the battle was won, at least for the coming years by the private law community. The government withdrew the bill, whereby the coming election in 2002 certainly played a role.

Not until December 2004 did the then competent Ministry for Families, Elderly, Women and Youth present a new bill, called the Act on the transposition of European anti-discrimination directives. The discussion about this new draft got underway in 2005. On 28 April 2005, during the ongoing debate, the ECJ delivered its judgment in an action brought against Germany by the Commission under article 226 EC. It held that by failing to adopt Council Directive 2000/43/EC within the prescribed period, Germany had failed to fulfil its obligations under that directive.

The further fate of the bill was sealed by the political circumstances in mid-2005 when chancellor Schröder, in a hitherto unheard of procedure, successfully dissolved parliament and as a consequence the parliamentary treatment of the bill came to a standstill. In spring 2006 the new coalition of Christian Democrats and Social Democrats presented a new bill which, apart from some minor changes, followed along the lines of the 2004 bill. After a relatively hasty debate in both chambers (Parliament/Federal Council) the act now called "*Allgemeines*

Gleichbehandlungsgesetz" (General Act on Equality of Treatment) was passed and came into force in August 2006.

V. The new Act on Equality of Treatment

I do not wish to outline the new law in detail. It is to a certain extent a compound copy of the single European directives. This is true for the scope of the Act (one section is dedicated to employment contracts, another one to civil law contracts in order to implement Directive 2004/113), the definition of direct and indirect discrimination, the creation of bodies which should oversee the functioning of the Act. A few words may be said on the provisions which allow exceptions to the ban on discrimination. We have made use of the occupational requirements clause contained in article 4 of Directive 2000/78/EC, which states that a difference in treatment does not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate. The wording of this article 4 has been chosen in section 8 of the Act. In addition according to article 4 paragraph 2 of the Directive 2000/78/EC, section 9 of the Act maintains the existing legislation pursuant to which, in the case of occupational activities within churches and other public or private organisations the ethos of which is based on religion or belief, a difference in treatment based on a person's religion or belief shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of these activities and of the context in which they are carried out, a person's religion or belief constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation's ethos. This exception clause includes the right of churches and similar organisations to require individuals working for them to act in good faith and with loyalty to the organisation's ethos. As a consequence the jurisprudence by the Federal Labour Court and backed by the Constitutional Court which justifies dismissals of employees for having violated Catholic or Protestant canon law is being maintained. For example if an employee working with a church employer gets divorced and remarries, he can be dismissed for this reason. And the justification of the dismissal does not depend on the hierarchical position of the employee. In other words, the same standard of good faith or loyalty is required from the director of a church school or of the housekeeper.

A brief remark should finally be made on the justification of differences in treatment on grounds of age. You know that article 6 of Directive 2000/78/EC gives wide discretion to member states in this area by stating that differences in treatment on grounds of age shall be objectively and reasonably justified by a legitimate aim including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives if the means of achieving that aim are appropriate and necessary. With reference to this article section 10 of the German Act has provided for a long catalogue of exceptions consisting of eight items which more or less reflect, what was accepted by legislation or jurisprudence in the past. It is not certain whether these practices can be upheld in the future. I am thinking especially of those provisions which govern the access to employment, especially in the public sector. For example, in principle you cannot become a civil servant over the age of 32, sometimes the age level is even lower. As time is pressing I cannot continue discussing these kinds of exception~~s~~. But I am sure that many practices cherished in the past will not survive.

Instead of further detailing of the Act, I would prefer to sort out a few aspects of the Act which reflect the typical German-ness of the solutions chosen and the difficulties linked to them, difficulties for which one day we shall probably face problems with Community law before the ECJ.

1. Exclusion of dismissals from the scope of the Act

The new Act does not cover dismissals of workers. Section 2 par. 4 of the Act reads: "Dismissals are exclusively subject to the provisions on the general and particular protection against dismissals". Why this exemption from the ambit of the Act although article 3 of Directive 2000/78 which defines the scope of the directive refers to employment and working conditions including dismissals? Some authors have defended the solution chosen by saying that German dismissal legislation itself does not allow discrimination although this is not expressly said. But the existing norms and inherent principles, especially those developed by labour courts, impede dismissals on grounds listed in section 1 of the Act. Others have argued that the current legislation and its application by the courts may impede discriminatory dismissal for the bulk of the cases, nevertheless situations remain in which indirect discrimination, which cannot be ruled out by the current law, may take place. This is not the place to comment on who is right and who is not. More important is to ask why this exemption clause, which was not provided for in the original version of the bill, was put through by the Federal Council, the representation of the German *Länder* in the last minute of the legislative procedure. We do not know exactly. In my eyes the answer has to be found in – and recent experience shows it – the widely nurtured fears by academic scholars, but of course also within the ranks of political representatives, that too strong an intrusion of European anti-discrimination law could compromise the normal functioning of labour laws which have proven effective and are accepted by both sides of the employment relationship. Any further opening of the floodgate could threaten the equilibrium of the status quo. The exemption clause in question reminds us of the debate in the wake of the first bill of 2001, where not few authors voiced the opinion that due to the current state of law there was not much need for further implementation of European anti-discrimination law and as a consequence advocated only minor changes and amendments to the existing law.

2. The regulation of sanctions

As we have seen above, Germany has opted with regard to sanctions for a civil law solution. The original version, as it was enacted in 1980, was a clear-cut damages model based on the fault principle and the recovery of compensatory damages. The ECJ taught us another lesson and therefore the German legislature adapted to it. We eliminated the fault principle, allowed for the recovery of pecuniary damages suffered from violation and provided for general damages (non-pecuniary damages). In the wake of the judgment of the ECJ in the case Draehmpaehl we differentiated in the definition of the amount of damages between job applicants who, because the successful applicant had superior qualifications, would not have obtained the position, even if the selection process had been free of discrimination and those who would have obtained the position if the selection process had been carried out without discrimination. The damage suffered by an applicant belonging to the first category may not exceed a ceiling of three months' salary. In this way we had established rules which fully stuck to the requirements under European law. We could have used these rules as a model for shaping the sanctions under the new Act which comprised not only gender discrimination, but extended to many other grounds of discrimination. But we did not do this. Why not?

In the past much criticism was put forward against the existing system of damages in cases of discrimination on the grounds of gender. Critics argued that the existing provisions were not in tune with fundamental principles of German civil law which is based with regard to recovery of damages on the fault principle and the recovery of only those pecuniary damages the existence of which is proven. Within contracts this scheme works as follows. The party to a contract who has done damage to the other party is obliged to make the damage good because the law presumes the fault of the wrongdoer. But the wrongdoer has a defence, he can be exculpated by proving that the damage was not caused by violation of his duties. If the defendant is not exculpated, he is liable to restore the person damaged to the position he would have been in, had he not been damaged. The assessment is individualised to suit the actual position of the particular person and is therefore related to the actual loss suffered. Beside the compensation of financial harm, non-pecuniary losses may be awarded for impairment of the plaintiff's body or health, his freedom of movement or his sexual self-determination.

It is exactly this damages scheme which the new Act on equality of treatment wanted to put into practice. Section 15 par. 1 of the Act is the mere transfer of the responsibility rule from the law of contracts into the area of sanctions for discrimination. This means only actual damages may be awarded and the employer can defend himself by showing that discrimination was not a breach of duty on his part and therefore he cannot be blamed for fault. Section 15 par. 2 provides for the compensation of non-pecuniary damages which is not based on the fault principle. Evidently the German law wanted to meet the requirements established by the ECJ to guarantee real and effective judicial protection which means compensation must have a real deterrent effect on the employer. No ceiling is fixed for the amount that may be awarded save in the situations described above in which the victim of the discrimination would not have obtained the job due to superior qualifications of the successful applicant. In this case the maximum amount of damages is three months' salary.

Here again, we can detect the dominance of German civil law. Emphasis was laid on safeguarding the traditional model for recovery of damages. Sanctions for discrimination should not be shaped differently from other forms of breaches of contracts or torts. The only concession made was the award of non-pecuniary losses without fault of the employer, a concession due to the consistent jurisprudence of the ECJ. It remains to be seen whether the ECJ will accept the fault requirement for recovery of pecuniary damages. Some German authors expect such an outcome, reasoning that the otherwise no-fault-principle for the award of non-pecuniary losses constitutes an effective and deterrent sanction in the sense of the consistent jurisprudence of the ECJ.

Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*

Sandro Mainardi

1. Il modello privatistico funziona? 241

2. Alla ricerca dell'efficienza dei sistemi disciplinari nelle p.a. 243

3. L'assetto delle fonti. Ruolo della contrattazione collettiva, contaminazioni del legislatore, fonti regolamentari negli Enti locali. 246

4. Il soggetto attivo del procedimento e l'attribuzione dei poteri datoriali. Chi è l'UPD negli Enti locali. 252

5. *Segue*. L'Ufficio per i procedimenti disciplinari anche per i dirigenti, ovvero «il buio oltre la siepe». 256

6. Il procedimento disciplinare: da veicolo di legittimità formale del provvedimento, a strumento di controllo sostanziale e procedurale sull'esercizio dei poteri datoriali. 262

7. I rapporti tra illecito penale e procedimento disciplinare. 267

8. Una conclusione. 269

9. Bibliografia. 270

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 53/2007

1. Il modello privatistico funziona?

È trascorso ormai un decennio da quando, con la prima tornata di contrattazione collettiva successiva alla riforma del lavoro nelle p.a. (Ccnl 1994-1997), il settore pubblico ha davvero cominciato a misurarsi con la profonda trasformazione dei sistemi disciplinari, sul piano delle fonti di regolamentazione ma, ancor prima, e con ben più penetrante portata, su quello del fondamento giuridico e normativo dei poteri datoriali.

L'impresa si è rivelata sin dal primo momento tutt'altro che semplice ed indolore (Esposito 1993; Mainardi e Miscione 1995). Anzitutto perchè la riforma andava ad investire istituti, quello disciplinari, considerati addirittura fondativi del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni secondo il noto modello della «supremazia speciale» di matrice pubblicistica, ben allocato nel raggio di copertura ampio dell'art. 97 Cost. (Offidani 1953; Contieri 1984, p. 11; per una ricostruzione storica v. Rusciano 1978 e Battini 2000, p. 197 e ss.-263 ss.); in secondo luogo perchè, pur affermandosi un diverso assetto delle fonti e del regime giuridico degli atti che regolano la materia, in chiave squisitamente privatistica, la sequenza procedimentale tipica di questa attività del datore di lavoro ha continuato a subire un'attrazione forte verso la strumentazione propria del diritto amministrativo, peraltro alimentata dalla prima giurisprudenza fornita in materia dai Tar e dal Consiglio di Stato[798] (per una rassegna Apicella, Curcuruto, Sordi e Tenore, 2005, p. 244-245). Infine, la pesante eredità costituita dai sistemi disciplinari modellati sul T.u.imp.civ. Stato del 1957 (organi, competenze, termini, ecc.) ha influenzato per più di un momento il quadro interpretativo, determinando, nella concreta applicazione, deviazioni funzionali ed organizzative del tutto incompatibili con il nuovo assetto.

L'impresa si rivelava però, allo stesso tempo, assolutamente essenziale per restituire efficienza e credibilità ad un sistema segnato dall'esperienza in termini prevalentemente negativi: non molto tempo fa, proprio su queste pagine dei Quaderni, Gianfranco Mor introduceva al tema del «lassismo disciplinare» nel pubblico impiego registrando come il potere disciplinare «nella maggior parte dei settori, non è più una realtà operante e solo un'esigua minoranza di illeciti ha conseguenze di tipo disciplinare», sì da apparire necessario «ristrutturare la pubblica amministrazione sul modello dell'impresa privata, attenuando i vincoli normativi che attualmente condizionano i dirigenti, ai quali si vorrebbe riconoscere maggiore libertà di movimento, appunto sul modello dei managers privati» (Mor 1991, p. 27-29).

È dunque il tempo della sedimentazione di quel modello privatistico che, innestato sul ramo generale della privatizzazione dei poteri datoriali ex art. 5 d.lgs. n. 165/2001, doveva riconsegnare

---

[798] Cfr. ad es. le posizioni assunte dal Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti del procedimento disciplinare, ove si è offerta una lettura sintonica con quella dell'applicazione della l. n. 241/1990 che regola il procedimento amministrativo: Cfr. Cons. Stato, sez. I, 18 giugno 1997, n. 1227, in *GDA*, 1998, 63; Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 1997, n. 772, in *FA*, 1997, 1950; Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 1996, n. 820, in *GDir.*, 1996, 39, 83; Commissione per l'accesso agli atti amministrativi, parere n. 241/1995, in *L'accesso agli atti amministrativi*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1995, 47. *Contra*, la tesi della Corte di cassazione, la quale, proprio con riferimento alla materia disciplinare, ha affermato che «la sanzione disciplinare è irrogata mediante negozio giuridico, con il quale viene esercitato il diritto potestativo di incidere sulla sfera giuridica del dipendente, diritto conferito all'amministrazione dalle regole del rapporto (come determinate dal contratto e dalla legge)», facendo da tale presupposto discendere la conseguenza della «inapplicabilità del regime proprio degli atti amministrativi e l'inerenza della materia a situazioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo»: cfr. Cass., 7 aprile 1999, n. 3373, in *GC*, 1999, I, 2997, con nota di Noviello; ma v. anche Cass., sez. un., 5 dicembre 2000, n. 1251, *ivi*, 2001, I, 339; Cass., sez. un., 19 gennaio 2001, n. 10, ivi, 2001, I, 1381; Cass., sez. un., 17 luglio 2001, n. 9650, in *FI*, 2002, I, 2967, con nota di D'Auria; e, da ultimo, Cass., 16 maggio 2003, n. 7704, in *FI*, 2003, I, 2675; Cass., 28 luglio 2003, n. 11589, in *GC*, 2004, I, 273. Sul tema v. Noviello 2004.

agli enti pubblici il pieno controllo dello strumento disciplinare, coessenziale, pur con i dovuti adattamenti e correttivi ampiamente esplorati dalla dottrina nell'ambito del settore privato (Persiani 1966, Montuschi 1970, Tullini 1989), allo schema del contratto nell'asse adempimento/inadempimento della prestazione di lavoro (Napoli 1980, p. 141 ss.). Tale sedimentazione transita, oltre che dall'assetto delle fonti storicamente affermatosi nell'impresa tra legge e contratto collettivo, anche attraverso l'utilizzo di una sequenza procedimentale tutta imbastita attorno alla trama dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, con una forte semplificazione, in termini di economicità e tempestività dell'azione disciplinare, rispetto all' imponente modello procedurale del T.u. del 1957. Non solo, in quanto completa il circuito il passaggio della giurisdizione verso quella ordinaria del lavoro, offrendo al datore pubblico quel «diritto generale» e «vivente» del rapporto disciplinare, maturato nell'ultratrentennale esperienza giurisprudenziale sull'art. 7 Stat. lav., di sicura applicazione dato il comune fondamento del potere nei due settori, privato e pubblico (Mainardi 2002a, p. 448).

Certo, l'imputazione del modello poteva e può incontrare più di una difficoltà, oltre che per le ragioni dette, per il particolare intreccio tra lavoro, organizzazione e distribuzione dei poteri datoriali proprio di una organizzazione complessa quale è quella di una pubblica amministrazione, spesso strutturalmente articolata tra un centro ed una periferia, fortemente parcellizzato nelle competenze il primo e scarsamente o per nulla autonoma nella gestione, la seconda. Tanto che, rispetto alle uniformanti prescrizioni della legge e della contrattazione collettiva, che poco o nulla si sono preoccupate di differenziare i sistemi disciplinari dei comparti (Carinci F. 2005, p. LII), sembra oggi assai difficile, data appunto la diversità degli ambiti e dei sistemi organizzativi, fornire modelli di disciplina validi per tutte le amministrazioni, sì come avveniva, in un passato ancora recente, mediante le prescrizioni sostanziali e procedurali degli artt. 78 e ss. T.u.imp.civ. Stato del 1957 (Rusciano 1978, p. 173 e ss.).

La sfida verso l'efficienza dei sistemi disciplinari è dunque particolarmente significativa per le amministrazioni – come quelle degli Enti locali, del Servizio sanitario nazionale o delle Università –, che presentano una forte articolazione organizzativa dei servizi ed una stringente percezione/rilevazione dell'efficacia dell'azione amministrativa, continuativamente determinata dallo stretto rapporto con l'utenza e con i più diversi interlocutori pubblici e privati (Rusciano 2002, p. 904). La complessità dell'organizzazione, la differenziazione funzionale delle varie strutture, l'esigenza di permanente innovazione tecnologica, di affinamento ed innalzamento dei livelli di professionalità, di conservazione dei livelli di qualità dei servizi offerti nonché di contenimento della spesa organizzativa (Carabelli 2005, p. 160), spingono inevitabilmente queste amministrazioni verso la migliore messa a punto degli strumenti di gestione del personale, tra i quali la leva disciplinare conserva un ruolo tutt'altro che secondario.

Con particolare riguardo agli Enti locali, il quadro di riferimento risulta ulteriormente complicato, sul piano delle fonti, dal ruolo assunto dalla potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, c. 6 Cost.), partendo dal presupposto che la stessa potestà possa riflettersi su taluni profili organizzativi delle relative strutture, coinvolgenti anche il personale. (Corpaci 2002, p. 47; Salomone 2005, p. 154; Carlesi, 2006, p. 269). Se questa prospettiva, come si dirà (infra, §. 3), non pare interessare il nucleo di norme "lavoristiche" in materia disciplinare, senz'altro attratte verso la competenza legislativa esclusiva dello Stato, essa può invece avere un rilievo per le meccaniche organizzative dei sistemi disciplinari degli Enti locali con riguardo, ad esempio, alla formazione e composizione

dell'Ufficio procedimenti disciplinari (UPD) ex art. 55, c. 4 d.lgs. n. 165/2001, o all'individuazione per via regolamentare di altro organo che ne assuma le funzioni.

Posto lo scenario di innesto dei nuovi sistemi disciplinari ad impronta privatistica, va detto che le amministrazioni, con maggiore o minore rapidità (e sensibilità verso il nuovo), hanno adeguato l'azione disciplinare alle regole del d.lgs. n. 165/2001 e dei contratti collettivi di comparto, specie grazie agli accorgimenti correttivi recati dai Ccnl del quadriennio normativo 2002/2005 (Tenore 2003, p. 853 ss.).

Tuttavia questi adempimenti formali non hanno ancora favorito il buon funzionamento della macchina disciplinare, secondo un trend negativo apparentemente irreversibile, più volte stigmatizzato dalla Corte dei Conti in alcune delibere sul reale funzionamento del sistema disciplinare dell'impiego pubblico[799]. La cartina di tornasole del mancato avvio di una nuova stagione di utilizzo dei poteri datoriali nella logica dell'efficienza, emerge del resto in modo chiaro dal dato giurisprudenziale, statisticamente assai scarso rispetto al potenziale bacino di operatività degli istituti disciplinari, con qualche rara eccezione, peraltro significativa proprio perchè rinvenibile, non a caso, nelle zone di "discrezionalità minima" del potere disciplinare delle p.a., vale a dire quello delle conseguenze disciplinari di illeciti che assumono rilievo penale (v. infra §. 8).

2. Alla ricerca dell'efficienza dei sistemi disciplinari nelle p.a.

Il modello privatistico, dunque, se valutato nel prisma della ricerca dell'efficienza dei sistemi disciplinari delle p.a., non funziona ancora.

Vi sono altri ambiti in cui l'innesto dei modelli di gestione del settore privato ha sortito risultati contraddittori e lontani dalle aspettative. Uno di questi è senz'altro quello delle flessibilità contrattuali, introdotte nel settore pubblico, a seguito della riforma del 1998 e dei conseguenti esiti contrattuali, in termini molto contenuti e comunque secondo logiche diverse da quelle proprie del lavoro nell'impresa. Se qui, però, le disfunzioni possono trovare una giustificazione nei diversi assetti organizzativi relativi al reclutamento e all'utilizzo del personale, oltre che nelle imperanti necessità di contenimento della spesa (Mainardi 2006; Zoli 2007 in questo stesso numero dei Quaderni), necessariamente diversa deve essere l'analisi quando, come nel caso degli istituti disciplinari, il deficit interessa l'importazione dei caratteristici poteri datoriali, con un ben più penetrante impatto sull'attuazione della riforma gestionale ed organizzativa delle p.a.[800].

L'approccio utile ad individuare le ragioni dell'ineffettività del sistema disciplinare segue filoni noti, non nuovi e senz'altro verificabili nella prassi al di là e a prescindere dall'evoluzione del quadro positivo: dal «diffuso tollerante comportamento "buonista" della dirigenza nei confronti di micro e macro illegalità all'interno dell'amministrazione» (Tenore 2003, p. 855); all'attività dei CAD (Collegi Arbitrali di Disciplina ex art. 55 d.lgs. n. 165/2001), «troppo spesso propensi (forse a causa della composizione eccessivamente sindacalese) ... ad un perdonismo ingiustificato, che ha condotto a sorprendenti derubricazioni delle sanzioni comminate» (Id. 2003, p. 856); al ruolo

[799] Cfr. Corte dei Conti, sez. contr., 20 giugno 2001 n.25/01/G, in www.giust.it; Id., sez.contr. St., 25 giugno 1999 n. 60, in *GDA*, 1999, 1214; id., sez. contr. St., 26 marzo 1998 n.23, in *RCdc*, 1998, n.3, I, 14; Id., 4 aprile 1997 n.70, ivi, 1997, n.3, I, 26 e in LPA, 1998, 289; Id., 10 gennaio 1996 n.4, in RCdc, 1997, n. 1, I, 4 e ivi, 1996, n.1, III, 263, nonché in CS, 1996, II, 480.

[800] Altro caso di diversa percezione degli istituti tipici del diritto del lavoro è quello dello *jus variandi* del datore, fortemente condizionato, nella sua applicazione alle p.a., dalle rigidità relative all'utilizzo degli organici nella logica di tutela del principio dell'accesso mediante concorso (pubblico) alle aree o alle categorie superiori.

impalpabile che ancora si presume svolga in materia il sindacato, per il quale, pure a fronte di sacche di lavoratori stabilmente al di sotto degli standard contrattuali di adempimento della prestazione, «licenziare non si deve, mai» (Ichino 2006, p. 43).

Tali rlievi contengono senz'altro campioni di verità, in parte non sconosciuti neppure all'impresa privata e, soprattutto, agli enti pubblici economici e alle aziende ex pubbliche che esercitano da tempo servizi in regime totalmente privatistico (Zoppoli L. 1996, p. 87); inoltre, come pare ormai solidamente provato, le scienze giuridiche e le riforme legislative ben poco possono contribuire alla eliminazione/riduzione di questi fenomeni, essendo essa probabilmente affidata ad una più radicale trasformazione di ordine culturale, politico e politico-sindacale.

Se tutto ciò è vero, allora qui vale la pena di considerare ancora il meccanismo sul quale aveva investito la riforma per garantire l'efficienza delle relazioni di lavoro e dei sistemi disciplinari in particolare. La prospettiva deve come è ovvio essere trasferita sulla figura del datore di lavoro pubblico, su colui cioè che, avendo la responsabilità per la gestione dei rapporti di lavoro e dell'organizzazione amministrativa (art. 4, c. 2 d.lgs. n. 165/2001), viene munito dei poteri necessari a garantire, attraverso l'adempimento contrattuale da parte dei dipendenti, il raggiungimento degli obiettivi (secondo performance predeterminate) e la soddisfazione degli interessi che trovano imputazione sulla amministrazione o di cui l'amministrazione si fa istituzionalmente carico.

Si percepisce una prima ineliminabile diversità rispetto al settore dell'impresa, data dalla più elevata ed immediata catalizzazione degli interessi datoriali percepita dal dirigente privato: il rapporto fiduciario, di natura prevalentemente soggettiva, che lega il dirigente alla proprietà aziendale è fondamentalmente basato sulla stretta condivisione degli obiettivi di produttività previsti dalla direzione, il che inevitabilmente innalza la soglia di attenzione e di responsabilità del medesimo dirigente verso comportamenti illeciti di rilievo disciplinare, al fine di ristabilire, al più presto, le migliori condizioni di realizzazione degli obiettivi sul mercato. Dove, invece, come nelle amministrazioni pubbliche, statali e non, esiste anzitutto una forte intercambiabilità di soggetti ed obiettivi data dal fisiologico mutamento della responsabilità politica di chi si trova a capo dell'amministrazione; e dove le amministrazioni svolgono attività che le sono riservate per legge, con scarsa o nessuna pretesa di competitività sul mercato; qui, allora, è chiaro che la catalizzazione di interessi da parte della dirigenza pubblica è minore e minimo è «l'interesse a perseguire la devianza disciplinare, tanto quanto minimo è l'interesse che ha la pubblica amministrazione a tenere alto il livello di produttività» (Lignani 1998, p. 379; Virga P. 1999, p. 308). Il rapporto fiduciario si pone qui dunque in modo diverso, e cioè in ragione della ritenuta idoneità tecnica del dirigente, valutata in termini oggettivi (su questi temi v. di recente M. Sgroi 2006, p. 141 ss.)

Quasi consapevole di questa diversità di fondo la riforma ha pertanto approntato meccanismi di controllo e di responsabilizzazione indiretti, tesi cioè a rendere virtuoso il sistema attraverso un impulso esterno sull'operato del dirigente, chiamato a sua volta a rispondere dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dell'ufficio – quindi (anche) dell'adempimento da parte delle risorse umane ivi impiegate – attraverso una propria responsabilità di gestione, onnicomprensiva e valutata sul risultato da parte dell'organo politico o politico-amministrativo (D'Orta e Boscati 2004; Boscati 2004; Nicosia 2003).

In definitiva, quindi, non funzionano oggi quei «circuiti di responsabilità», considerati vero e proprio volano della riforma (Liso 2000, 180 e ss.) che, in una visione un po'illuministica, avrebbero dovuto produrre efficienza attraverso il confronto dialettico e conflittuale fra esigenze

dell'utenza, assunzioni di obiettivi e responsabilità da parte della politica, conseguente attribuzione di poteri e responsabilizzazione della dirigenza, traduzione di poteri e responsabilità nei confronti del personale nel filtro di garanzia costituito dalla contrattazione collettiva. In particolare non funziona il circuito di responsabilità che «dovrebbe vedere la dirigenza impegnata a rispondere, a cascata, per il raggiungimento degli obiettivi prefissatigli», sul presupposto, però, per cui l'adozione del modulo privatistico, con il conferimento di autonomia e flessibilità di gestione, «crei condizioni idonee ad agevolare la dirigenza nel raggiungimento degli obiettivi che le sono stati prefissati e quindi a consentirle di rispondere del proprio operato» (Liso 2000, p. 183; D'Alessio 2006, p. 568 s).

La presa d'atto che questo è il vero "buco nero" della riforma e che esso determina l'ineffettività del sistema di controllo delle responsabilità dei dipendenti pubblici, emerge del resto dalle recenti proposte di riforma che, sul fronte parlamentare (Ddl Camera dei Deputati 18.12.2006, n. 2080) e su quello della contrattazione collettiva (Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche 18 gennaio 2007), mirano a restituire centralità al sistema di responsabilizzazione della dirigenza, anche e naturalmente sul versante dell'accertamento degli illeciti e dell'attivazione delle procedure disciplinari nei confronti dei dipendenti.

Senza poter scendere qui nell'analisi delle proposte, le direttrici di intervento paiono tutt'altro che speculari: da un lato, il progetto di legge n. 2080, con la creazione di una Authority indipendente centrale, presieduta da una commissione composta da tre membri altamente qualificati cui attribuire compiti di valutazione del personale della pubblica amministrazione [di tutte le p.a. (sic!)], va nella direzione di una parziale esternalizzazione dei meccanismi di controllo e valutazione della dirigenza, con la funzione primaria di sollecitare e sottoporre ad input esterni (es. segnalazioni dell'utenza), l'attività degli organismi di controllo già esistenti nelle p.a.

Dall'altro lato, il Memorandum, col sancire il principio per cui «la dirigenza deve essere valutata coniugando le disposizioni normative e contrattuali vigenti, prendendo a riferimento la misurazione dei servizi, i parametri di capacità manageriale, nonché i risultati conseguiti valutati, con l'ausilio di appositi nuclei, secondo modalità previste dal CCNL, dai livelli funzionali dirigenziali superiori», pensa evidentemente ad un sistema tutto interno di valutazione/controllo/accertamento delle responsabilità, rafforzando semmai l'esistente con un rinnovato ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione dei criteri di valutazione. La dirigenza viene cioè investita di un "protettorato" contrattuale sul piano degli incarichi, della valutazione, delle responsabilità e del recesso che, a tacer d'altro, potrebbe favorire un processo di progressivo transito della dirigenza da una colleganza di tipo politico-burocratica ad una di tipo politico-sindacale, con evidenti ed ulteriori riflessi negativi sulla managerialità della gestione.

Nel progetto di legge n. 2080, che contiene una utile delega ad adeguare, mediante decreti legislativi, la disciplina delle responsabilità disciplinari e dirigenziali ad una effettiva verifica dei risultati gestionali e di una corretta applicabilità delle misure sanzionatorie (Boscati 2006, p. 1233 ss.), si rinvengono almeno tre criteri di interesse per la materia disciplinare (art. 3). Il primo concerne «la limitazione della responsabilità civile dei dirigenti amministrativi, per la decisione di avviare il procedimento disciplinare dei dipendenti pubblici, all'ipotesi di dolo»: al di là della dizione tecnica, che avrebbe più correttamente dovuto fare riferimento alla responsabilità amministrativo-contabile oltre che a quella civile (Boscati 2006, p. 1235), è certo che un provvedimento di tal genere allenta le possibili riserve del dirigente nell'accedere in particolare alle più gravi sanzioni disciplinari, limitando le possibilità di rivalsa dell'amministrazione nei confronti del dirigente per

una illegittimità formale o sostanziale della sanzione, del caso fatta valere in giudizio dal dipendente interessato[801].

Il secondo riguarda la previsione della segnalazione alle amministrazioni, da parte dell'Autorità indipendente (e a questa anche da parte di qualunque soggetto pubblico o privato) dei fatti dai quali può sorgere una responsabilità disciplinare dei dipendenti. È chiaro che la previsione, ampliando il novero delle "fonti" attraverso le quali l'Ufficio per i procedimenti disciplinari riceve la notizia *criminis*, può sortire l'effetto di una estensione del controllo sui dipendenti, obbligando così l'UPD a prendere in considerazione l'illecito segnalato al di là dell'azione effettiva del «capo della struttura in qui il dipendente lavora». È altrettanto chiaro, però, il segnale di sfiducia e delegittimazione nei confronti della dirigenza pubblica, la quale, fatta «datore di lavoro», dovrebbe fruire di una comprensione piena dei poteri di controllo, direttivo e disciplinare (Caruso e Zappalà 2007).

In questa direzione va, in definitiva, il terzo criterio. Per evitare lassismo e tolleranza ingiustificati, si prevede la «rilevanza del comportamento dei dirigenti, che, a fronte di fatti che appaiono rilevanti sul piano disciplinare, facciano decorrere i termini per l'avvio del procedimento disciplinare, ai fini della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del decreto legislativo n. 165 del 2001». Si ha qui la tipizzazione legislativa di un comportamento ai fini della responsabilità dirigenziale, ma con un costo assai alto sul quale occorrerà prima o poi riflettere: quello cioè della definitiva compressione delle prerogative manageriali della dirigenza pubblica, definitivamente spogliata di quella discrezionalità, autonomia e flessibilità nei poteri di gestione che, come appena sopra si diceva, costituiscono il presupposto primo di una assunzione di responsabilità.

3. L'assetto delle fonti. Ruolo della contrattazione collettiva, contaminazioni del legislatore, fonti regolamentari negli Enti locali.

Dal punto di vista dell'adeguamento, da parte delle amministrazioni, alle prescrizioni del d.lgs. n. 165/2001 e dei contratti collettivi di comparto, il dato formale offre invece indizi ben più confortanti di quelli, ora considerati, circa l'effettività sostanziale della leva disciplinare. In queste pagine, data la vastità del tema e dei profili di regolazione dell'istituto, è possibile dare conto solo delle criticità che ancora persistono nel modello privatistico dettato dalla riforma, a cominciare dall'assetto delle fonti di regolamentazione del potere e dalla loro particolare declinazione nell'ambito degli Enti locali.

Il dato acquisito è che si sono create le condizioni per un impianto del tutto omogeneo rispetto al lavoro nell'impresa: realizzato, cioè, attraverso quella effettiva e feconda coesistenza di fonti legali e negoziali nella regolazione dell'istituto disciplinare che alcun esito aveva invece sortito nel sistema della legge quadro n. 93/1983 (Mainardi e Miscione 1995, p. 1009)

Assoluta centralità assume la norma dell'art. 55 d.lgs. n. 165/2001, la quale non fa che confermare, sul piano del diritto positivo, l'indirizzo della privatizzazione della responsabilità disciplinare. Tuttavia, così come è avvenuto ad esempio in materia di mobilità da eccedenza e di *ius variandi*, il legislatore non opera un semplice rinvio alle norme di diritto civile, ma appronta una

[801] Qualcosa del genere, sempre nell'ottica di rafforzare l'autonomia decisionale del dirigente o del funzionario, si è previsto in capo al soggetto che realizza, in nome e per conto dell'amministrazione, le conciliazioni giudiziali o stragiudiziali di lavoro *ex* art 66, c. 8 d.lgs. n. 165/2001.

specifica disciplina dell'istituto che peraltro ricalca in termini omogenei le regole del settore privato, addirittura recependo in più punti il portato di una esperienza giurisprudenziale consolidatasi sull'interpretazione dell'articolo 7 stat. lav. (v. ad es. il principio dell'immediatezza della contestazione, oggi tradotto in norma positiva dall'art. 55, comma 5). La privatizzazione della materia disciplinare – sempre sul piano delle fonti – emerge con forza dal richiamo operato dall'articolo 55, comma 2° all'articolo 2106 del codice civile e da quello, pure non integrale, all'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori (art. 55, comma 2) (si dice, più precisamente, «ai dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, si applicano l'articolo 2106 del codice civile e l'articolo 7, commi primo, quinto e ottavo della legge 20 maggio 1970, n. 300»), nonché dall'espressa previsione della possibilità, per la contrattazione collettiva, di appropriarsi del profilo centrale dell'istituto, potendo questa definire «la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni» (art. 55, comma 3) (Piccinini 1995, p. 275; Tampieri 1996, 93).

Il superamento del regime previgente, connotato dalla assoluta unilateralità delle fonti regolative (Piccinini 1998, p. 7) si deve di fatto alla contrattazione collettiva. Le tornate contrattuali 1994/1997 prima e 2002/2005 poi, hanno realizzato una imponente "occupazione" negoziale della materia, fra l'altro determinando una rapida uscita dal periodo transitorio secondo la nota regola, dettata dagli artt. 69, c. 1 e 71 d.lgs. n. 165/2001, della cessazione di efficacia della regolamentazione pubblicistica ad opera delle norme contrattuali (Talamo 2001, p. 17 e ss.). In particolare il modello normativo di riferimento è quello per cui, fermo restando il carattere primario (la legge) della fonte del potere, il possibile rilievo disciplinare di un determinato fatto o comportamento del lavoratore è rimesso alla determinazione in tal senso da parte del contratto collettivo.

La descrizione delle condotte vietate da parte dei codici disciplinari previsti dai contratti, secondo una precisa scelta fatta propria dalle parti interessate, vale, da un lato, a contemplare quali comportamenti risultano incompatibili con la realizzazione degli obblighi di diligenza di cui al primo comma dell'articolo 2104 c.c.; dall'altro, a realizzare una trasfusione nel novero degli obblighi contrattuali di tutte quelle disposizioni/istruzioni/criteri progressivamente resi dal datore di lavoro, anche in via gerarchica, per la corretta esecuzione e la disciplina del lavoro di cui al secondo comma dell'articolo 2104 c.c. (Mainardi 2002a, p. 145). Questi principi, storicamente affermatisi nell'ambito della definizione delle norme disciplinari del settore privato, sono stati integralmente polarizzati dalla riforma dell'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e, come si diceva, addirittura esaltati e perfezionati attraverso una tendenziale emersione a livello positivo (legge e contrattazione collettiva di comparto) del "diritto giurisprudenziale" maturato attorno alle regole degli artt. 2106 c.c. e 7 stat. lav.

È in effetti coerente che, laddove la riforma attribuisce al contratto collettivo una competenza "generalizzata" e "rafforzata" (arg. *ex* art. 2, comma 2 e 40, c. 1 d.lgs. n. 165/2001) nella disciplina degli istituti del rapporto di lavoro, alla stessa contrattazione collettiva venga consegnato il compito di definire le condotte contrastanti con le regole di funzionamento dell'organizzazione del lavoro e di esecuzione della prestazione stabilite nel programma negoziale. Peraltro il rinvio operato dal primo comma dell'articolo 55 all'articolo 2106 c.c. comporta la diretta applicazione in chiave disciplinare anche degli artt. 2104 e 2105 c.c. e dunque la immediata ed esclusiva finalizzazione del potere disciplinare al ristabilimento degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà sanciti dal codice civile, secondo la stretta correlazione inadempimento contrattuale/reazione disciplinare propria del modello codicistico. Dal paradigma potere disciplinare/efficacia, efficienza,

funzionalità, deriva cioè anche per il settore pubblico che qualunque violazione o inosservanza delle direttive impartite dal datore di lavoro costituisce inadempimento, giustificando, giuridicamente, la reazione disciplinare.

Molto si è discusso, peraltro, sul ruolo rafforzato del contratto collettivo nella definizione delle norme disciplinari del settore pubblico, in particolare interrogandosi sul perchè, pur in presenza dei generali rinvii alla contrattazione collettiva per la disciplina del rapporto di lavoro, il legislatore abbia avvertito la necessità di specificare tale competenza negoziale per tutta una serie di istituti, tra i quali quello disciplinare spicca per rafforzata intensità. Si tratta qui addirittura di un doppio rinvio, che è stato sottoposto all'intervento correttivo del legislatore nella formulazione pre e post d.lgs. n. 80/1998: da un lato, l'applicazione del primo comma dell'art. 7 stat. lav. comporta inequivocabilmente, tra l'altro, anche l'obbligo da parte della p.a. datore di lavoro di trasferire nel codice disciplinare le norme sostanziali e procedurali dei contratti collettivi «ove esistano»; dall'altro, come visto, l'attuale testo del 3° comma dell'art. 55 stabilisce che «salvo quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'articolo 54, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi» (corsivo nostro).

Il testo ha condotto parte della dottrina ad individuare nella materia disciplinare un «contenuto obbligatorio» del contratto collettivo, il quale costituisce «fonte diretta ed esclusiva del potere disciplinare, senza il quale il potere disciplinare non è esercitabile in assoluto» (Miscione 2000, 1677; Levi 1999, 167). In tal senso la novella si presterebbe ad essere interpretata, sul piano delle fonti, come una riserva a favore dei contratti collettivi, idonea a sottrarre la definizione delle infrazioni e sanzioni ad ogni fonte unilaterale, sia essa rappresentata da interventi di carattere legislativo o regolamentare, sia da una diretta compilazione o integrazione del codice disciplinare da parte della p.a. datore di lavoro.

Si crede tuttavia che la (mutata) formula dell'art. 55, comma 3 non debba essere eccessivamente enfatizzata, specie in un contesto in cui l'efficacia generale che il contratto collettivo del settore pubblico spiega di fatto nei confronti di tutte le amministrazioni, vincola in ogni caso il datore di lavoro pubblico all'applicazione del contratto e supera, in apicibus, i problemi di compatibilità posti nel settore privato nel rapporto tra l'art. 7, comma 1 stat. lav. e l'art. 39 Cost. Anche in presenza del perentorio dettato dell'art. 55, comma 3, la norma cardine relativa alla formazione del codice disciplinare resta infatti quella dell'art. 7, comma 1, stat. lav. – norma base in materia disciplinare per l'intero ambito del lavoro subordinato (Borghesi 2001, p. 180) – richiamata per il settore pubblico dall'art. 55, comma 2 insieme a quella dell'art. 2106 c.c. Il richiamo non fa che confermare che il codice disciplinare è costituito, anche nel settore pubblico, da un documento di provenienza unilaterale, rivelatore di un potere originario attribuito al datore di lavoro direttamente dalla legge (art. 2106 c.c.) seppure vincolato sia nella implementazione delle fonti di determinazione del contenuto del codice disciplinare, che nella procedura di esercizio. Non sembra, quindi, che l'attribuzione di competenza del 3° comma dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, rappresenti una qual sorta di contenuto obbligatorio del contratto collettivo, in assenza del quale il potere disciplinare della p.a. risulta interamente paralizzato, essendo anche qui rimessa alle scelte dell'autonomia collettiva e ai «principi contrattualistici della libertà e della convenienza» (D'Antona 1995, 35) l'individuazione dei contenuti del contratto collettivo, e non potendosi di conseguenza configurare in astratto un obbligo a trattare (e tantomeno a contrarre) nella materia disciplinare.

Nondimeno, pur in assenza di una riserva di regolazione contrattuale della materia, l'assetto delle fonti deve essere fatto coincidere con quello previsto dal legislatore del settore pubblico per le «discipline del rapporto di lavoro» (art. 2, comma 2 d.lgs. n. 29/1993) e con quello, di carattere generale, dell'art. 7, comma 1 stat. lav. Così, per quanto concerne eventuali interventi della legge sulla materia disciplinare questi, oltre ad essere del tutto fisiologici nel quadro sinora delineato (cfr. ad es. gli artt. 2104, 2105 e 2119 c.c.; l'art. 4 della l. n. 146/1990 ecc.), soggiaciono, nel settore pubblico, alla regola posta dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001: il legislatore potrebbe dunque in ogni momento produrre norme in materia disciplinare, modificando l'art. 55 o intervenendo altrimenti, con l'avvertenza per cui il contratto collettivo può successivamente derogare a tali interventi, salva un'espressa disposizione di legge contraria (cfr. Lucibello 1998, p. 455; Levi p. 1999, 168; Giardino 2004, p. 498).

In effetti, pur essendo l'intervento del legislatore senz'altro opinabile nell'ambito del rinvio preferenziale alla disciplina contrattual-collettiva, da un lato l'emanazione di "leggine" in materia disciplinare continua sistematicamente a caratterizzare anche la stagione della "privatizzazione", con la creazione di nuovi illeciti o di nuovi adempimenti procedurali previsti per legge[802]; dall'altro, quando il legislatore ha inteso impedire l'operatività del meccanismo di cui all'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 lo ha espressamente previsto, "proteggendo" a sua volta la legge da successive "invasioni" contrattuali [cfr. l'art. 8 della legge n. 97/2001 in materia di rapporti fra procedimento penale e disciplinare, la quale costituisce senza dubbio il caso più penetrante e significativo di contaminazione legislativa sugli istituti disciplinari; ma anche, altrove, l'art. 19, c. 12 bis d.lgs. n. 165/2001 con riguardo alla (in)derogabilità da parte del contratto collettivo della normativa sugli incarichi dirigenziali].

Quanto alla possibilità di una normativa unilaterale da parte del datore di lavoro, il disposto dell'art. 7, comma 1 vincola la p.a. all'applicazione delle norme contrattuali, le quali, se presenti, devono essere integralmente recepite nel codice disciplinare soggetto a pubblicità, senza possibilità di integrazione. Anche qui, tuttavia, l'apertura operata alla contrattazione collettiva non intacca il principio per cui l'esercizio del potere disciplinare spetta sempre e comunque al datore di lavoro e quindi, al momento di recepire la normativa contrattuale nel codice disciplinare, l'amministrazione deve procedere ad una integrazione della disciplina negoziale in tutti i casi in cui questa presenti lacune o palesi profili di invalidità, «se non vuole precludersi la possibilità di esercitare legittimamente il potere» (Zoli 1991, p. 70).

Una diversa conclusione, diretta a riconoscere il potere solo in presenza del contratto collettivo, contrasta inevitabilmente con le prerogative del «privato» datore di lavoro espressamente

---

[802] Cfr., solo a titolo di esempio, l'art. 12 della l. 15 maggio 1997, n. 127, che al comma 6 dispone la promozione del procedimento disciplinare «mediante contestazione di addebiti» nei confronti dei dipendenti del Ministero per i beni culturali e ambientali che si rendano responsabili del ritardo, determinante la formazione di un silenzio assenso, nell'esame delle domande di autorizzazione e di approvazione presentate da privati ai sensi della l. n. 1089/1939; l'art. 53, c. 8 dello stesso d.lgs. n. 165/2001, a norma del quale il conferimento di incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, «costituisce in ogni caso infrazione disciplinare per il funzionario responsabile del procedimento»; l'art. 1, c. 187 della l. n. 266/2006 il quale stabilisce, con riguardo all'obbligo di rispetto dei limiti di spesa per l'assunzione di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, che la mancata osservanza dei limiti «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale»; l'art. 1, cc. 11 e 42 della l. n. 311/2004, per i quali l'affidamento di incarichi di consulenza nel mancato rispetto dei limiti di spesa e di procedura ivi previsti, in ogni caso «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale».

riconosciute dalla riforma in capo alle p.a. nella gestione del rapporto di lavoro (art. 5, c. 2 d.lgs. n. 165/2001; art. 2106 c.c.), oltre che con l'autonomia che segna, sul versante negoziale, uno dei passaggi più significativi tra la contrattazione "vincolata" della l. n. 93/1983 e quella "libera" e in regime di diritto privato del d.lgs. n. 165/2001.

Rispetto al recepimento della normativa contrattuale, la p.a. si trova però nell'impossibilità di derogare in pejus al contratto collettivo, ad esempio introducendo sanzioni diverse e più gravi rispetto a quelle contrattualmente previste (Lucibello 1998, 469). Tale inderogabilità non è invece ugualmente affermabile per l'introduzione nel codice disciplinare di disposizioni più favorevoli: queste sono senz'altro adottabili nel codice disciplinare di amministrazione per quanto riguarda le norme procedurali (ad es. un termine a difesa più ampio rispetto al quello stabilito in via negoziale), sulle quali peraltro non esiste alcuna apparente "riserva" a favore del contratto collettivo ex art. 55, c. 3, a conferma di quanto sostenuto circa la titolarità di un (pur residuale) potere determinativo in capo alla p.a. datore di lavoro. Ma a conclusioni non diverse si giunge con riguardo alle disposizioni di carattere sostanziale, rispetto alle quali l'amministrazione ben potrebbe introdurre norme di maggior favore rispetto al contratto collettivo, anche all'interno dello stesso comparto, sempre che tali trattamenti di maggior favore non assumano caratteri discriminatori (contra, sulla base dell'immanenza di un principio di parità di trattamento per tutti i dipendenti pubblici, Levi 1999, p. 171-172).

A questi principi derivati dal quadro normativo non sfuggono, come ovvio, le amministrazioni degli Enti locali, anch'esse sottoposte al regime di privatizzazione delle fonti in materia disciplinare attraverso la generale disposizione inclusiva dell'art. 1 d.lgs. n. 165/2001 la quale, dopo aver stabilito al c. 1 che le norme del decreto regolano «l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tenuto conto delle autonomie locali...», specifica poi al comma 2 che per «amministrazioni pubbliche si intendono...le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane...le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura».

Rispetto al tema delle fonti, come anticipato, occorre tuttavia chiedersi quale ruolo possa essere svolto dalla potestà regolamentare degli Enti locali sulla materia dell'«organizzazione», in senso lato, del sistema disciplinare, atteso che esiste un preciso riconoscimento costituzionale della potestà statutaria di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 114, c. 2), e di quella regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite (art. 117, c. 6) (Corpaci 2002, pp. 45-46; Mastrogiuseppe e Ruffini 2005, p. 95; Pegoraro e Giupponi 2002, p. 283 e ss.; Merloni 2002, p. 409).

Secondo la tesi prevalente circa la distribuzione di competenze fra Stato, Regioni ed Autonomie locali in materia di rapporti di lavoro, esiste una riserva esclusiva a favore della fonte statale per la regolamentazione e la disciplina dei rapporti di impiego pubblico privatizzato, dandosi per acquisito che nell'«organizzazione amministrativa...non può farsi rientrare lo stato giuridico-economico del personale» (Carinci 2003; Salomone 2005, p. 153 e ss. ma vedi, in senso diverso, sia pure con riferimento alle autonomie speciali Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274); in questo ambito, dunque, la fonte regolamentare dell'Ente locale non può introdurre deroghe al quadro normativo delimitato dalla legge e dal contratto collettivo in materia disciplinare, salvo i margini di adattamento di cui sopra si diceva, ammessi in capo a qualunque amministrazione-datore di lavoro. Vale per altro ricordare che la Corte costituzionale ha dato risposte non sempre uniformi sul punto, utilizzando spesso criteri diversi a seconda dei casi concreti di cui si è occupata: si pensi al

concetto di prevalenza elaborato in relazione ai casi di disciplina legale potenzialmente ambivalente rispetto al «nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre» (Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50).

Del resto, dove l'intervento regolamentare sia relativo all'«organizzazione della propria struttura amministrativa», si fa ingresso in un'area «riservata alle autonomie regionali e degli enti locali, alle quali la legge statale può prescrivere criteri (ad esempio di privilegiare il ricorso alle procedure di mobilità) ed obiettivi (ad esempio, contenimento della spesa pubblica), ma non imporre nel dettaglio gli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi»[803] (D'Auria 2001, p. 756-757; Caretti 2002, p. 951). In sostanza, qui, «la competenza normativa per i profili pubblicistico-organizzativi dei rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti locali deve ritenersi ripartita tra potestà legislativa statale da un lato...e potestà statutaria (relativamente ai principi di organizzazione) e regolamentare (cui è demandato il compito vero e proprio di "disciplina" dell'organizzazione, nel rispetto dei principi statutari) dell'Ente locale, dall'altro» (Trojsi 2005, p. 543 ed ora Id. 2007).

Lo snodo è senz'altro molto delicato, specie per l'identificazione dei confini, spesso sfumati, se non addirittura "svaporati", tra organizzazione amministrativa degli uffici e degli apparati e disciplina del personale pubblico, tenendo conto oltretutto del fatto che l'area della organizzazione in regime pubblicistico, e dunque la sola a bene vedere sottratta all' ordinamento civile (cfr. Carinci, 2003, p. 67), a seguito della c.d. seconda privatizzazione del lavoro pubblico coincida con l'organizzazione nel suo nucleo essenziale, per usare le parole di Corte cost. n. 309 del 1997. Non a caso tali profili impattano in qualche modo con la materia della macro-organizzazione e degli incarichi dirigenziali, per i quali la Corte costituzionale, con riguardo agli incarichi di competenza degli organi di direzione politica regionale, ha stabilito di recente la competenza legislativa delle Regioni in quanto attinenti ad «una materia (l'organizzazione amministrativa della regione, comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale) attribuita alla competenza residuale delle Regioni»[804]. Mentre l'articolo 89 del decreto legislativo n. 267/2000, al secondo comma, prevede espressamente che la potestà regolamentare degli enti locali possa estendersi fino alla regolamentazione proprio delle materie relative alle responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento delle procedure amministrative (oltre che agli organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi; ai principi fondamentali di organizzazione degli uffici, ai procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro; ai ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva, ecc.)

Nella realtà dei sistemi disciplinari, fermi i limiti posti dalle norme (statali) relative al rapporto di lavoro, ciò significa che gli Enti locali, nell'obbligo di rispetto dei «principi (e delle norme) generali di organizzazione pubblica» posti dal legislatore statale, possono intervenire sugli aspetti organizzativi dell'istituto, quali, in particolare, come subito si vedrà (§.4), l'identificazione e le norme di funzionamento degli Uffici per i procedimenti disciplinari ovvero le norme di raccordo tra capi struttura ed UPD nell'accertamento e segnalazione degli illeciti disciplinari.

---

[803] Così Corte Cost., 17 dicembre 2004, n. 390, in *FI*, 2006, I, c. 411.

[804] Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233, in *LPA*, 2006, p. 663 con nota di SALOMONE.

4. Il soggetto attivo del procedimento e l'attribuzione dei poteri datoriali. Chi è l'UPD negli Enti locali.

Uno degli elementi che meglio caratterizza la "privatizzazione" degli istituti disciplinari è senz'altro rinvenibile nel soggetto cui è attribuita la titolarità del potere disciplinare in tutti i suoi momenti di esercizio, dalla contestazione fino alla irrogazione della sanzione. Con la riforma scompare la presenza di un soggetto giuridicamente terzo e neutrale rispetto alla vicenda disciplinare (le commissioni di disciplina del T.u.imp.civ.stato a composizione anche sindacale) e la pubblica amministrazione-datore di lavoro, attraverso una sua articolazione necessariamente "di parte" sul piano contrattuale – l'Ufficio per i procedimenti disciplinari (UPD) – assume l'intero esercizio e la responsabilità dell'azione disciplinare nei confronti del dipendente, senza più alcuna mediazione ab externo.

Il 4° comma dell'art. 55 è chiaro nell'esplicitare questa cognizione "onnicomprensiva" e "autosufficiente" devoluta all'«ufficio competente per i procedimenti disciplinari», il quale, per le sanzioni maggiori, fa tutto: su segnalazione del capo struttura, l'ufficio «contesta l'addebito al dipendente», «istruisce il procedimento disciplinare» e «applica la sanzione». L'intera sequenza procedimentale, nella sua struttura minima essenziale (contestazione dell'addebito - istruttoria - emanazione e applicazione del provvedimento), è cioè condotta dall'u.p.d.[805], al quale la legge impone, nella conduzione del procedimento, gli unici oneri formali della contestazione in forma scritta dell'addebito e dell'audizione a difesa del dipendente (art. 55, comma 5).

Si è altrove sottolineato che con l'introduzione di un «ufficio» dell'amministrazione competente per i procedimenti disciplinari scompare la caratteristica del pubblico impiego per cui il procedimento e la proposizione della sanzione erano attribuite ad un soggetto terzo e neutrale (la commissione di disciplina), "ontologicamente" predisposto all'imparzialità di giudizio attraverso la composizione mista dell'organo, formato anche da rappresentanti dell'amministrazione e dei lavoratori. Ora l'«ufficio competente per i procedimenti disciplinari» *è* e *rappresenta* l'amministrazione-datore di lavoro nel rapporto disciplinare (Mainardi 2002a, p. 454 e ss.), cumulando, come avviene nel privato e coerentemente con l'esigenza di creare un giudice «domestico», tutte le funzioni di "accusatore", di "istruttore" e di "giudice" nei confronti dei dipendenti sottoposti a procedimento (Montuschi 1991).

Sulla natura del soggetto attivo è intervenuta la Corte di Cassazione[806], la quale, pur rilevando la mancanza di "terzietà" dell'UPD, opportunamente ne sottolinea la "specializzazione" professionale ed il distacco formale dal capo della struttura in cui opera il dipendente incolpato (al quale spetta invece la «segnalazione» dell'illecito), derivandone pertanto una sostanziale «imparzialità del momento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato».

Poiché è la legge ad imputare direttamente a soggetti determinati la titolarità di esercizio del potere disciplinare («capo della struttura in cui il dipendente lavora» per le sanzioni del rimprovero verbale e della censura; «ufficio competente per i procedimenti disciplinari» da individuarsi a cura di ciascuna amministrazione «secondo il proprio ordinamento», per le sanzioni maggiori), non si è in presenza di una delega di funzioni da parte dei soggetti cui lo stesso legislatore ha

---

[805] Cfr. T.A.R. Campania, 21 aprile 1997, n. 1021, in FI, 1998, III, c. 237.

[806] Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 528 con nota di barbieri e in *FI*, 2004, I, c. 2644 e successivamente, in analoga direzione, Cass. 3 giugno 2004, n. 10600, in *GC,* 2005, I, p. 243.

attribuito il più generale potere di gestione del personale. In effetti, almeno per le amministrazioni dello Stato, cui trovano applicazione le norme in materia di dirigenza di cui al Titolo II, capo II del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. art. 27) si affida ai dirigenti di uffici dirigenziali generali la competenza rispetto alle «attività di organizzazione e gestione del personale» [art. 16, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 165/2001] e ai dirigenti la «gestione del personale» adibito a propri uffici [art. 17, comma 1, lett. e)], cosicché il riferimento all'individuazione di un «ufficio competente per i procedimenti disciplinari» potrebbe apparire in contrasto con la piena attribuzione alle qualifiche dirigenziali di ogni potere (e di ogni responsabilità) relativo alla gestione del personale. La norma dell'art. 55, comma 4, impone tuttavia alle amministrazioni di individuare l'«ufficio» secondo i propri ordinamenti e dunque in via originaria e non delegata rispetto ai titolari del potere di gestione, ai quali viene sì conferita una sezione di esercizio del potere sub forma di segnalazione o di azione diretta per le sanzioni minori, attribuendosi tuttavia la titolarità dell'azione disciplinare al soggetto preposto all'ufficio competente e, in particolare, al capo dell'ufficio. Questa individuazione «originaria» dell'u.p.d., che avviene in sede di conferimento degli incarichi dirigenziali, non presuppone quindi il contestuale esercizio del potere di gestione nei confronti del personale, ma neppure lo esclude, potendo come si vedrà essere fisiologicamente attribuita la titolarità dell'ufficio per i procedimenti disciplinari a chi già detiene quella di esercizio del potere direttivo nei confronti del personale.

Tuttavia, in ragione della previsione legislativa, la mancata e preventiva (rispetto all'illecito) costituzione dell'ufficio e, in ogni caso, lo svolgimento del procedimento da parte di soggetti diversi da quelli indicati, inficia inevitabilmente la validità della sanzione disciplinare adottata per violazione di norma inderogabile di legge sulla competenza «espressione non solo di tecnica organizzativa, ma anche di una esigenza di giustizia (o almeno di garanzia della giustizia degli atti considerati)»[807].

È da escludere, inoltre, che la p.a. abbia l'obbligo di costituire un *apposito* ufficio, la cui attività sia esclusivamente quella relativa ai procedimenti disciplinari. Da un lato si è affermato che l'ufficio competente dovrebbe essere creato *ad hoc*, sul presupposto che l'intero procedimento disciplinare debba essere riservato alla competenza di un soggetto terzo, necessario e proporzionato alle dimensioni dell'amministrazione di appartenenza, del tutto indipendente da chi esercita sull'impiegato un potere gerarchico (Miscione 2000, p. 1707; Pellacani 1994, pp. 85-86; Viola 1996, p. 227); mentre, su altra posizione, è chi ritiene che la competenza possa essere attribuita indifferentemente ad un ufficio specifico o anche ad altro ufficio, segnatamente all'ufficio personale dell'amministrazione (Alessi 1994, p. 500; Zangrossi 1995, p. 1040; Fiori 1996, p. 100; Lucibello 1998, p. 482; Mainardi 2002a, p. 459; Noviello e Tenore 2002, p. 167; Trovato, 2004, p. 88). Sembra decisivo, a favore della seconda opzione[808], il fatto che l'individuazione debba avvenire da parte dell'amministrazione «secondo il proprio ordinamento», disvelandosi così l'intento

[807] In tal senso, espressamente, Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 52; T.A.R. Campania, 21 aprile 1997, n. 1021, in *FI*, 1998, III, c. 237; Tribunale di S. Maria Capua Vetere, 26 ottobre 2004, per un caso di sanzione contestata e inflitta dal Rettore di una Università nei confronti del personale t.a. e non da parte dell'UPD; Trib. Benevento, ord. 4 luglio 2001, in *LPA*, 2001, p. 1061, con nota di Salomone; Trib. Genova, ord. 16 giugno 2000, in *LPA*, 2001, p. 443, con nota di Ottolina; Coll. arbitrale di Ravenna, 25 settembre 1998, *LG*, 1999, p. 371. In dottrina Miscione 2000, p. 1707.

[808] Seguita in giurisprudenza da Trib. Benevento, ord. 4 luglio 2001, in *LPA*, 2001, p. 1061.

meramente "organizzativo" della norma, la quale invita le pp.aa. a considerare, rispetto alle proprie articolazioni interne, l'ufficio più idoneo, anche dal punto di vista tecnico, a svolgere la funzione disciplinare, con la possibilità di creare sì un apposito ufficio, ma anche di sfruttare, potenziandolo sotto il profilo funzionale, un ufficio già esistente, che nulla esclude possa essere l'ufficio personale dell'amministrazione, il quale già esercita il potere gerarchico e direttivo sui dipendenti[809].

Né la legge impone prescrizioni circa la natura monocratica o collegiale dell'ufficio, essendo anche qui rimessa la scelta all'autonomia organizzativa dei singoli enti (Noviello e Tenore 2002, p. 169). A tale riguardo, poiché in definitiva la responsabilità dell'azione disciplinare e dei suoi esiti viene riconosciuta (esclusivamente) in capo al titolare dell'incarico di direzione dell'UPD, occorre semmai riflettere circa l'opportunità di conferire all'organo natura collegiale: la "collegialità" può condurre a parcellizzazioni tipiche dell'accezione, quale la necessità che le decisioni vengano assunte a maggioranza dei componenti, l'impossibilità di sostituire i componenti se non con supplenti predeterminati, la necessaria presenza dei componenti a tutte le attività, l'impossibilità di integrare il collegio per determinate esigenze o competenze. Una deriva di questo genere non solo impedirebbe la necessaria dinamicità dell'UPD nell'azione disciplinare; ma contrasterebbe in definitiva con la *ratio* dell'intervento legislativo, rievocando le vecchie Commissioni di Disciplina e rigettando lo schema per cui il centro di imputazione del potere è collocato, sotto il profilo del rapporto di lavoro, sul datore di lavoro, qui identificato, solo per la materia disciplinare, nel titolare dell'Ufficio, che si assume la responsabilità così della decisione finale come delle competenze e dei soggetti che intende attivare a seconda delle peculiarità del caso oggetto di decisione.

Si può adesso porre il problema, prima considerato sul piano generale delle fonti, degli spazi che la potestà regolamentare dell'Ente locale è in grado di occupare con riguardo all'organizzazione amministrativa necessaria a sostenere la funzione disciplinare. Alla luce di quanto detto essi appaiono senz'altro ampi, a partire dalla determinazione dell'organo deputato ad «individuare» l'ufficio, sostenendosi, da parte di alcuni, che la competenza spetti, in base all'art. 42, c. 2, lett. *a*) TUEL (d.lgs. n. 267/2000), al Consiglio comunale, vertendosi in materia di organizzazione e funzionamento degli uffici (Valenti 1996, p. 775); da altri, in modo che appare più corretto, che si tratti di attribuzione riservata al Sindaco *ex* art. 50. c. 11 TUEL, traducendosi tale attività nella mera nomina del responsabile di un servizio che non deve essere «costituito» bensì solo «individuato» (Noviello e Tenore 2002, p. 169; Pedaci 1997, p. 51).

Così è senz'altro possibile che l'Ente locale faccia coincidere la titolarità dell'UPD con quella di altro servizio già esistente; come pure che tale ufficio abbia composizione collegiale o monocratica con gli accorgimenti sopra evidenziati. Esistono peraltro alcuni limiti alla potestà

[809] L'u.p.d. può dunque essere costituito ed articolato in maniera non uniforme nelle singole amministrazioni e quindi potrà coincidere con l'Ufficio personale ovvero con una Unità operativa del più ampio Settore personale (si è ritenuto legittimo l'affidamento in via regolamentare della competenza per i procedimenti disciplinari di un Comune in capo al "Settore Affari Generali e Personale" e che all'adozione del provvedimento disciplinare provveda il Dirigente responsabile della struttura de qua, ad eccezione, ovviamente, delle sanzioni di competenza dei singoli Capi struttura: cfr. Trib. Benevento, 4 luglio 2001, *LPA*, 2001, p. 1061) oppure potrà coinestarsi in capo ad alcune posizioni lavorative individuate in altri segmenti organizzativi; si può anche assistere, come di fatto avviene nella organizzazione ministeriale, ad una concentrazione dell'Ufficio nella struttura centrale degli Affari generali o legali del Ministero, con una evidente "lontananza" geografica dell'u.p.d., appunto localizzato a livello centrale, rispetto alle articolazioni territoriali del Ministero stesso.

regolamentare in materia, derivati sia dai «principi» posti con il modello generale dell'art. 55 c. 4, sia da altrettanti «principi» derivati in via sistematica, anche a livello giurisprudenziale, con riguardo alla distribuzione dei poteri e delle responsabilità nel pubblico impiego riformato.

Tra questi ultimi spicca il rapporto di separazione tra politica e amministrazione delineato dal d.lgs. n. 165/2001, il quale vale universalmente a sottrarre, in via appunto di *principio*[810], ogni potere di gestione amministrativa in capo all'organo di rappresentanza politica, per consegnarlo, insieme alla relativa responsabilità, alla dirigenza (cfr. art. 4 d.lgs. n. 165/2001) (D'Orta e Boscati 2004, p. 961). Corretto è dunque censurare ogni deviazione dal detto principio di separazione (Talamo 2000, 779 e ss.) come è avvenuto nel caso in cui sia il Sindaco o la Giunta comunale, in luogo dell'Ufficio procedimenti disciplinari, a comminare la sanzione disciplinare[811].

Altri limiti inderogabili, poi, derivano dal fatto che l'Ufficio debba in ogni caso essere individuato e costituito, non potendosene assumere quindi il fisiologico ed implicito assorbimento in altri organi "generalisti" (ad es. Segretario comunale o provinciale o Direttore generale) senza preventiva individuazione della competenza da parte del regolamento. L'art. 55, c. 4 esclude poi in modo evidente – si tratta di altro principio inderogabile in sede regolamentare – che vi possa essere una distribuzione di competenze tra organi diversi da quelli *ivi* previsti (capo struttura e UPD), tale, ad esempio, da ridurre l'attività dell'UPD a quella istruttoria e di proposizione della sanzione, lasciando poi ad altro sovraordinato organo la delibazione definitiva e l'applicazione della sanzione al dipendente[812].

Si possono avanzare dubbi, invece, circa la necessaria sovraordinazione gerarchica del titolare dell'u.p.d. rispetto al dipendente soggetto a procedimento disciplinare, al fine di garantirne l'indipendenza ed imparzialità di azione (così Miscione 2000, p. 1708). Poiché il titolare dell'u.p.d. è nella generalità dei casi un dirigente, molto dipende dal ritenere i dirigenti assoggettati o meno alla responsabilità disciplinare prevista per gli altri dipendenti, anche se per l'unica sanzione, prevista dall'ordinamento legale e contrattuale, costituita dal licenziamento (v. *infra* §. 6). In caso negativo, evidentemente, non si pone alcun problema, salvo forse quello, diverso, del procedimento da attivare nei confronti di soggetto addetto allo stesso UPD, rispetto al quale pare ragionevole l'individuazione di un ufficio per i procedimenti disciplinari costituito *ad hoc*.

Queste soluzioni trovano spazio e conferma già nell'ambito dei contratti collettivi della tornata 1994/1997 ove si parla di «soggetto competente secondo l'ordinamento dell'amministrazione», presupponendo dunque una certa discrezionalità della p.a. nella fase di individuazione dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, fino alla possibilità di prevedere uffici disciplinari comuni a più amministrazioni. Inoltre, la possibilità di utilizzare uffici già esistenti, o comuni, soddisfa esigenze pratiche e organizzative non trascurabili, specialmente per i piccoli o medi enti locali,

---

[810] Si ricorda che l'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001 impone alle «altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà legislativa e regolamentare», l'adeguamento al principio dell'art. 4 del d.lgs. n. 165/201 e a quelli dell'intero capo II sulla Dirigenza (dello Stato), «tenendo conto delle relative peculiarità».

[811] Sul punto TAR Lombardia, Brescia, 24 luglio 2001, n. 615, in *RPEL*, 2001, p. 903, dove appunto si dichiara l'illegittimità della sanzione comminata dalla Giunta comunale a dipendente dell'ente, in quanto l'UPD dell'art. 55, c. 4 d.lgs. n. 165/2001, «costituisce istituto normativo in sé compiuto ed immediatamente applicabile».

[812] Cfr. per la necessaria concentrazione in capo all'UPD di tutte le funzioni in ambito disciplinare proprio con riguardo ad una amministrazione comunale, Trib. Napoli, 6 giugno 2001 in Apicella, Curcuruto, Sordi e Tenore, 2005, p. 281. Ma nello stesso senso anche Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 52.

ove un ufficio competente *solo* per i procedimenti disciplinari sarebbe destinato a lunghi e ricorrenti periodi di inattività.

5. *Segue*. L'Ufficio per i procedimenti disciplinari anche per i dirigenti, ovvero «il buio oltre la siepe».

Il tema della supposta (necessaria) sovraordinazione gerarchica del dirigente dell'UPD rispetto ai dipendenti interessati al procedimento disciplinare è stato significativamente ipotecato dalla Corte di cassazione, la quale ha costruito attorno alla norma dell'art. 55, c. 4 del d.lgs. n. 165/2001, in modo piuttosto stringente, il principio della esclusività dell'azione disciplinare in capo all'UPD, sia in ragione della competenza «originaria» prevista dalla legge, sia, in particolare, per quella posizione di imparzialità di fatto, data dalla "specializzazione" dell'organo, che viene tendenzialmente a caratterizzare il momento disciplinare nell'impiego pubblico[813]. Tale competenza esclusiva, spendibile *erga omnes* in materia disciplinare, sarebbe altresì inderogabile per la contrattazione collettiva «e ciò, in linea generale, per il principio gerarchico delle fonti e, in particolare, con riferimento a quanto disposto dal terzo comma dell'art. 55 che riserva alla contrattazione collettiva la possibilità di "definizione della tipologia e dell'entità delle infrazioni" - competenza, quindi, limitata a tale specifico ambito e che non può essere arbitrariamente estesa all'individuazione del soggetto competente alla gestione di ogni fase del procedimento disciplinare se non a patto di una patente violazione della norma inderogabile del quarto comma dell'art. 55»[814].

Anche per il caso di specie posto all'attenzione della Corte – il licenziamento di un dirigente medico da parte di una Asl – l'esito più importante della pronuncia è quello di una competenza dell'UPD, in applicazione dell'art. 55 d.lgs., per ogni azione e provvedimento disciplinare, compresi quelli azionabili nei confronti dei dirigenti pubblici, senza alcuna necessità che il titolare dell'Ufficio derivi tale competenza esclusiva dalla propria sovraordinazione gerarchica. Se ciò esalta il carattere di indipendenza dell'Ufficio, nondimeno l'applicazione pratica del principio potrebbe risultare difficoltosa per i casi, appunto, in cui l'UPD debba attivarsi contro i vertici burocratici dell'Ente. A mio giudizio, tuttavia, nulla esclude che l'amministrazione, specie di medio-grandi dimensioni, possa dotarsi, individuandolo e (pre)costituendolo, di un Ufficio procedimenti disciplinari (solo) per i dirigenti, attribuendone la titolarità di incarico a soggetto che non soffra tali condizionamenti di fatto nell'azione verso colleghi di area dirigenziale[815]. Di tale specificazione potrebbe anzitutto farsi carico il contratto collettivo, ad esempio chiarendo, in coerenza con il dettato di legge, che con il termine neutro di «amministrazione», mediante il quale ancora oggi si identifica il soggetto attivo del procedimento di recesso nei confronti del dirigente (v. ad es. art. 27 del Ccnl dell'Area II - Regioni ed autonomie locali 10.4.1996) si intende l'Ufficio procedimenti disciplinari per l'area della dirigenza.

---

[813] In questi precisi termini, appunto, Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, cit. V. anche la giurisprudenza maturata in ambito sanitario la quale riserva all'UPD e non al Direttore sanitario, la competenza a svolgere il procedimento disciplinare nei confronti del dirigente medico: cfr. T.A.R. Campania, 21 aprile 1997, n. 1021, in FI, 1998, III, p. 237 e Trib. Genova, ord. 16 giugno 2000, in LPA, 2001, p. 443

[814] Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, cit.; Cass. 3 giugno 2004, n. 10600, in *GC,* 2005, I, 243. Si deve però rilevare come le due pronunce riguardino ipotesi antecedenti alla modifica apportata all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 da parte dell'art. 3, c. 2 della legge n. 145/2002, dove ora si prevede invece una competenza generalizzata del contratto collettivo per quanto riguarda la regolamentazione della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico.

[815] Ad esempio l'UPD per i dirigenti del Comune potrebbe essere direttamente incardinato sulla Direzione generale, il quale sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo livelli ottimali di efficacia ed efficienza *ex* art. art. 108 del Testo Unico sugli Enti Locali n. 267/2000.

Certo, gli argomenti che si vanno riferendo, presuppongo la positiva soluzione del fondamentale quesito che da tempo impegna al riguardo dottrina e giurisprudenza: quello, cioè, dell'esistenza di una responsabilità disciplinare per i dirigenti e, a cascata, della loro sottoposizione al procedimento disciplinare previsto dalla legge e dai contratti collettivi di area, pure a fronte dell'unica sanzione prevista del licenziamento con o senza preavviso.

Si è qui assistito ad una maldestra imitazione del quadro offerto dal settore privato, dove, come è noto, esiste un regime di libera recedibilità nei confronti dei dirigenti, i quali risultano privi di tutela legale contro i licenziamenti illegittimi al di fuori dell'ipotesi del licenziamento discriminatorio, e dove ancora si discute circa l'applicabilità del procedimento disciplinare ex art. 7 Stat. Lav. al licenziamento disciplinare[816] (da ultimo Gragnoli 2003, 345); tale imitazione, sicuramente sostenibile nella prima fase della riforma pur con debite distinzioni (Mainardi 1998), si è fatta via via sempre meno rassomigliante, per effetto degli interventi della contrattazione collettiva prima e del legislatore poi.

I contratti collettivi per le aree dirigenziali, dotati della particolare efficacia generalizzata propria del settore pubblico, hanno infatti introdotto una struttura *causale* del licenziamento, che deve quindi essere motivato in deroga a quanto disposto dall'art. 10 l. n. 604/1966, ed una procedura disciplinare del tutto analoga, nella sequenza contestazione/audizione/applicazione della sanzione, a quella indicata dall'art. 7 Stat. Lav. e dallo stesso art. 55 d.lgs. n. 165/2001 (cfr. ad es. l'art. 27 del Ccnl dell'Area II - Regioni ed autonomie locali 10.4.1996)

La legge, con l'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 nella formula introdotta dalla l. n. 145/2002, ha dato certezza sull'esistenza di una responsabilità (anche) disciplinare in capo al dirigente[817], ripartendone le competenze regolative rispetto alla responsabilità dirigenziale con un rinvio esplicito, seppure necessariamente non esclusivo (per la permanenza di una possibile, quanto evidente, regolazione dell'istituto (anche) secondo le disposizioni di legge v. Mainardi 2002b, p. 1085 e Boscati 2006b, p. 1218), alla fonte negoziale (si dice: «ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo»); inoltre l'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, appunto dedicato alla responsabilità disciplinare, pur mantenendo fermo quanto stabilito dall'art. 21 in materia di responsabilità dirigenziale, non esclude affatto dal proprio ambito di applicazione i dipendenti con qualifica di dirigente rivelandosi, come di fatto ha ritenuto la Corte di cassazione nelle citate pronunce sull'UPD, norma di generale applicazione[818].

---

[816] Dopo le note pronunce a sezioni unite della metà degli anni '90 nella direzione dell'inapplicabilità ai dirigenti delle norme procedurali in materia di licenziamento disciplinare (per tutte Cass. Sez. Un. 29 maggio 1995, n. 6041, *FI*, 1995, I, c. 1178), sostengono da ultimo l'applicabilità dell'art. 7 dello Statuto al licenziamento della dirigenza Cass., 30 marzo 2007, n. 7880; Cass. 2 marzo 2006, n. 4614 e Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, in *RGL,* 2004, II, p. 559.

[817] Sono peraltro oggi numerosi i richiami legislativi ad una responsabilità *disciplinare* del dirigente pubblico: cfr. ad es. i già citati commi 11 e 42 dell'art. 1 l. n. 311/2004, per i quali l'affidamento di incarichi di consulenza nel mancato rispetto dei limiti di spesa e di procedura ivi previsti, in ogni caso «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale».

[818] Si potrebbe sostenere che l'art. 55, c. 3, facendo salvo quanto previsto dall'art. 21, il quale a sua volta rinvia alla contrattazione collettiva per le previsioni in materia di responsabilità disciplinare dei dirigenti, abbia in realtà conferito ai contratti, attraverso il doppio rinvio, una facoltà di deroga a quanto disposto dallo stesso art. 55 per la generalità dei dipendenti. Resta però che il comma 3 dell'art. 55 è riferito unicamente alla definizione contrattuale delle tipologie di infrazione e sanzione e la clausola di salvezza, concepita in epoca antecedente alla modifica dell'art. 21 con riguardo alla materia disciplinare, occorreva allo scopo di coordinare la disciplina delle ipotesi di responsabilità disciplinare con quelle relative alla responsabilità dirigenziale appunto dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001.

A ciò deve aggiungersi che proprio l'esistenza delle sanzioni conservative riguardanti l'incarico per ipotesi di responsabilità dirigenziale *ex* art. 21 d.lgs. n. 165/2001, le quali senz'altro potrebbero, nella materialità del comportamento valutato, essere ricondotte anche ad una responsabilità di tipo disciplinare[819], allargano in modo evidente la diversità di trattamento del dirigente a seconda che si attivi l'una o l'altra procedura di accertamento della responsabilità: ipergarantita la prima, attraverso la procedura di accertamento da parte dei nuclei di valutazione, il licenziamento come sanzione solo nei casi più gravi ed il necessario parere preventivo all'adozione della sanzione da parte del Comitato dei garanti dell'art. 22 d.lgs. n. 165 (Nicosia 2007, p. 267 ss.); assai meno la seconda, con una procedura essenziale prevista dal Ccnl indirizzata all'unica sanzione prevista del recesso con o senza preavviso. Tanto che, con un certo senso pragmatico, si è avanzata in dottrina la tesi per cui spetta all'amministrazione decidere, a fronte della medesima condotta, se questa sia rilevante ai fini dell'una o dell'altra responsabilità, «con la consapevolezza, però, della diversa procedura da seguire per l'accertamento di ciascuna» (Noviello e Tenore 2002, p.142)[820].

Dal canto suo, la pure scarsa giurisprudenza formatasi sul tema del licenziamento del dirigente pubblico appare assai lontana da una assimilazione indiscriminata al modello proprio del settore privato, a partire dalla stessa Corte Costituzionale, la quale, a più riprese, ha ritenuto sì ammissibile e conforme a Costituzione il recesso anche nell'ambito della categoria dirigenziale, ma a patto che siano previste «alcune garanzie sul versante del rapporto di lavoro del dirigente quali la specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, la tipizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, la previsione di adeguate garanzie procedimentali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali»[821]. Da ultimo la tendenza a ritenere necessaria, in capo alla dirigenza pubblica, l'apparato di tutela prevista per la generalità dei dipendenti in caso di licenziamento disciplinare è stata affermata dalla Corte di cassazione, in particolare assumendo l'applicazione (anche) nei confronti dei dirigenti pubblici dell'intero Statuto dei lavoratori a norma

---

Inoltre è indubbio che il comma 2 dell'art. 55, nel richiamare l'applicazione dell'art. 2106 c.c. e dell'art. 7, c. 1°, 5°, e 8°, si riferisca «ai dipendenti di cui all'art. 2, comma 2» del decreto legislativo n. 165: quindi a tutti i dipendenti, a prescindere dalla qualifica posseduta.

[819] Sulla distinzione tra le due forme di responsabilità, v. in giurisprudenza Trib. Piacenza, ord. 30 ottobre 2003 in *lavoropubblico.formez.it/contenzioso*; Trib. Roma, 4 luglio 2003, *ivi*; T.A.R. Lombardia – Milano, sez. II, 23 giugno 2004, n. 2656, in *FA*, 2004, 1644. Per la possibile coincidenza tra i comportamenti ai fini delle due forme di responsabilità, da ultimo Cass., 20 febbraio 2007, n. 3929, che riconoscerebbe tuttavia una identità propria ed ontologica in capo alla responsabilità disciplinare, la quale, diversamente dalla responsabilità dirigenziale che può configurarsi «come una sorta di responsabilità oggettiva», sarebbe sempre connotata quanto meno dall'elemento soggettivo della negligenza colpevole del lavoratore.

[820] In linea con la possibile sovrapposizione delle due responsabilità per i medesimi fatti, purché si tratti di «mancanza» del dirigente, la già citata Cass., 20 febbraio 2007, n. 3929 (con riferimento a licenziamento di dirigente della Polizia municipale di un Comune), la quale ha stabilito, in tali ipotesi, che anche il licenziamento disciplinare debba essere sottoposto, a motivo di garanzia rispetto al vertice politico, al necessario preventivo parere conforme del Comitato dei Garanti *ex* art. 22 d.lgs. n. 165/2001: secondo la Corte, «quante volte il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze».

[821] Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 193, in *LPA*, 2002, p. 553, con nota di Cerbo; ma v. anche, nella stessa direzione, Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *RIDL*, 1997, II, p. 36, con nota di Gragnoli e la recentissima Corte Costituzionale, 19 marzo 2007, n. 103, in corso di pubblicazione in *LPA*, con nota di Nicosia che, dichiarando l'incostituzionalità del meccanismo dello *spoils system* introdotto dalla l. n. 145/2002, attraverso una lettura "neopubblicistica" della materia degli incarichi dirigenziali, ha richiamato la necessità costituzionale di fornire il porocedimento di rimozione del dirigente dall'incarico di una serie di cautele procedurali e sostanziali.

dell'art. 51, c. 2 del d.lgs. n. 165/2001[822]: ciò comporta, secondo i Giudici di legittimità, che in tutti i casi in cui si determinino vizi formali o sostanziali nell'irrogazione del licenziamento secondo le previsione del contratto collettivo, la tutela da apprestare al dirigente è quella reintegratoria di cui all'art. 18 dello Statuto, estesa quindi al di là dell'unica ipotesi invece prevista nel settore privato (e nella stessa contrattazione collettiva di area dirigenziale del settore pubblico) del licenziamento discriminatorio.

In questa giurisprudenza della Corte viene in definitiva attribuito valore decisivo ad un profilo talora emerso nel dibattito dottrinale (per la tutela reale ex art. 18 Stat. Lav. a favore del dirigente v. Sordi 2001, p. 290 ss.; Alvaro 2006, p. 138; contra, Carinci F. 2001, p. 47; Zoppoli L. 2003, p. 529; Lanotte 2003, p. 251; Nicosia 2000, p. 131; Boscati 2006, p. 1228 ss.). Si insiste soprattutto sul fatto per cui, con riguardo ai dirigenti pubblici «in luogo della questione di qualificazione, si pone la questione del diritto all'accesso e delle conseguenze della sua violazione» (Tosi 2001, p. 67) sì da non poter attribuire valore significativo a quella distinzione tra top manager e bassa (o pseudo, o convenzionale) dirigenza del tutto centrale, invece, nell'ambito del settore privato. Nel settore pubblico l'attribuzione della qualifica dirigenziale si deve alla ricorrenza di presupposti formali, al superamento del concorso per l'accesso alla dirigenza o, addirittura, a precisa disposizione di legge come avviene nel caso della dirigenza sanitaria: per cui, argomenta la Suprema Corte, non assume alcun rilievo, appunto sul piano qualificatorio, «l'esercizio delle mansioni effettivamente svolte, sicché nel settore pubblico esiste una scissione, ignota al diritto privato, fra l'acquisto della qualifica di dirigente (con rapporto di lavoro a tempo indeterminato) ed il successivo conferimento delle funzioni dirigenziali a tempo»[823] (in dottrina v. Zoli 2005).

Verrebbe pertanto meno, qui, l'argomento più intimo – il dirigente come alter ego del datore di lavoro ed il particolare carattere fiduciario del rapporto da ciò derivato – che nell'ambito del lavoro di impresa ha condotto la giurisprudenza ad escludere, da un lato, la sussistenza del potere disciplinare e dei relativi limiti procedurali di esercizio nei confronti dei dirigenti; dall'altro, il regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi proprio di tutti gli altri dipendenti[824]. Ed è constatazione di fatto che, nel settore pubblico, la stessa distinzione operata nel privato tra veri top manager (privi di tutela procedurale contro i licenziamenti) e normali dirigenti (cui si ritiene invece estensibile il procedimento ex art. 7 Stat. Lav.[825]), può risultare quantitativamente sbilanciata

---

[822] Cass., 1° febbraio 2007, n. 2233, in corso di pubblicazione in *LPA* fasc. 2/2007 con nota di Sgroi e in *ADL* fasc. 2/2007 con nota di Boscati; affermano la tutela reintegratoria anche Tar Veneto 18 marzo 1999, n. 380, in *FA*, 2000, I, p. 547; Trib. Roma, 20 luglio 2000, in *GC*, 2001, I, p. 500; Trib. Napoli 7 gennaio 2003, in *DLM*, 2003, p. 505; Trib. Milano 1° aprile 2004, in *D&L*, 2004, p. 414. Contra, nella giurisprudenza di merito, per l'esclusione del dirigente dal regime di tutela reintegratoria *ex* art. 18 Stat. Lav., Trib. Firenze 15 gennaio 2004, in *LPA,* 2004, p. 194; Trib. Trapani 26 novembre 2003, in *GM,* 2004, p. 774; Trib. Catanzaro (ord.) 26 febbraio 2003, in *GC,* 2003, I, p. 2277; Trib. Firenze 6 dicembre 2002, in *D&L,* 2003, p. 759; cfr. anche App. Firenze 15 settembre 2001, in *D&L,* 2001, p. 1082; Trib. Genova 16 giugno 2000, in *LPA*, 2001, p. 443; Trib. Roma 5 giugno 2000, in *GI*, 2001, p. 497; Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2000, n. 2493, in *LPA,* 2000, p. 639; Trib. Milano 22 giugno 1999, in *D&L*, 1999, p. 665.

[823] Cass., 1° febbraio 2007, n. 2233, cit.

[824] Il rinvio è naturalmente alla sequenza giurisprudenziale introdotta dalla già citata Cass. Sez. Un. 29 maggio 1995, n. 6041, *FI*, 1995, I, p. 1178 con nota di Amoroso (sul tema v. già Tosi 1989, p. 178 ss. e poi Montuschi 1997; Pera 1995; Papaleoni 1996, p. 142; Dell'Olio 1999).

[825] Cfr. Cass., 11 febbraio 1998, n. 1434, in *GC*, 1998, I, p. 945 con nota di Pera; Cass., 15 novembre 2001, n. 14230, in *LG*, 2002, p. 524, con nota di Mannacio. Ma v. Cass., 30 marzo 2007, n. 7880 la quale estende l'applicazione dell'art. 7, c. 2 e 3 Stat. Lav. ai dirigenti, a prescindere dalla specifica collocazione che gli stessi assumono nell'impresa.

a favore della seconda categoria, talora in modo del tutto evidente rispetto all'ambito dirigenziale, come avviene nel comparto della Sanità, ove la qualifica è in realtà conferita per legge e per contratto, ed è coessenziale al mero esercizio della professione medica del tutto a prescindere dall'attribuzione di concreti poteri gestionali da parte delle Aziende.

D'altro canto esiste una lettura dottrinale tutta tesa a circoscrivere legislativamente e contrattualmente il carattere negoziale e fiduciario della scelta in ordine all'attribuzione degli incarichi dirigenziali, in sostanza "oggettivizzando" i criteri da seguire in occasione dell'individuazione del dirigente destinato a ricoprire le funzioni amministrative (D'Alessio 2006, p. 564), sì da stemperare ulteriormente il carattere fiduciario del rapporto e l'intuitus personae nel momento di valorizzazione della qualifica attraverso l'attribuzione di incarico; mentre, sul versante sindacale, è lo stesso Memorandum del 27 gennaio 2007 a prevedere, che «l'uscita deve costituire l'esito estremo di risultati negativi»[826].

Ora, al di là della questione circa l'applicabilità della tutela reale ex art. 18 Stat. lav., che merita di essere approfondita e non pare affatto appianata dalle argomentazioni, talora apodittiche[827], della prima citata sentenza della Corte di Cassazione sul tema, resta che l'assetto della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico ha assunto, sul piano normativo e sistematico, caratteri diversi da quelli propri della responsabilità del dirigente di impresa. La struttura causale del licenziamento, l'esistenza di una procedura disciplinare descritta dalla legge (art. 55) e dai contratti collettivi di area dirigenziale, la necessaria applicazione del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c., l'impossibilità o l'irrilevanza di un'indagine circa il particolare rapporto fiduciario che lega il dirigente al vertice politico, così come sul carattere di alter ego e di attribuzione dei poteri gestionali propri del "datore di lavoro" posto in secondo piano dalle particolarità di accesso e di attribuzione dell'incarico; tutto ciò, conduce quanto meno a ritenere inadeguato l'apparato sanzionatorio oggi costituito dall'unica sanzione del licenziamento, in definitiva il solo elemento attraverso il quale si è normativamente inteso allinearsi con il modello del settore privato. Altro, infatti, è prevedere l'operatività della tutela reale ex art. 18 in ogni caso di illegittimità del licenziamento del dirigente, tutela oggi invece circoscritta dai contratti collettivi, come detto, ai soli casi di licenziamento avente natura discriminatoria; altro è, invece, ammettere il necessario rispetto di una procedura legale e contrattuale per l'applicazione delle sanzioni, che potrebbero qui trovare una articolazione, in ossequio al principio di gradualità e proporzionalità stabilito dall'art. 2106 c.c.

Gli assetti propri della dirigenza pubblica ed un sistema disciplinare che dal punto di vista sostanziale-causale, così come procedurale, è senz'altro assimilabile a quello in uso per gli altri dipendenti, portano a ritenere ingiustificata l'attuale assenza di sanzioni di tipo conservativo, applicate secondo il principio di proporzionalità giusto il richiamo dell'art. 55 d.lgs. n. 165/2001 all'art. 2106

---

[826] Cfr. sul punto Zoppoli L. 2007, p. 13, il quale considera eccessivo tale principio in quanto «allontanerebbe sensibilmente la disciplina della dirigenza pubblica da quella privata».

[827] La Corte conferisce ad esempio valore preponderante al disposto dell'art. 51, comma 2 d.lgs. n. 165/2001 che estende a tutte le p.a. l'applicazione dello Statuto dei lavoratori a prescindere dal numero dei dipendenti occupati, laddove la norma pare invece descrivere solo l'ambito di operatività oggettivo dello della l. n. 300/1970 (le p.a. a prescindere dal dato occupazionale) in raffronto all'art. 35 Stat. Lav., e non quello, soggettivo, con riguardo alle possibili esclusioni di "categorie" di lavoratori.

c.c., anche nell'ambito della responsabilità disciplinare del dirigente (v. già sul punto Lanotte 2003, p. 134). L'introduzione di misure conservative, come la sospensione, che incidano direttamente sul rapporto di lavoro a prescindere dall'incarico attribuito, da un lato sdrammatizzerebbe il problema delle distinzioni interne alla categoria tra dirigenti con effettivi poteri gestionali, «di respiro tale da caratterizzare la vita dell'azienda»[828] ed altri dirigenti senz'altro assimilabili alla dirigenza convenzionale del settore privato; dall'altro lato, nell'attuale cuneo di ineffettività della responsabilità dirigenziale, le amministrazioni potrebbero rivelarsi più propense verso l'utilizzo della responsabilità disciplinare se avessero a disposizione strumenti sanzionatori, appunto di tipo conservativo, i quali consentano di ripristinare la funzionalità del rapporto con i propri dirigenti, reagendo agli inadempimenti anche dove i fatti non sono così gravi da determinare il ricorso alla sanzione espulsiva. Certo resterebbe da coordinare la sospensione del «rapporto», con l'esecuzione dell'«incarico» a tempo determinato cui è invece legata una precisa, e diversa, forma di responsabilità[829]; ed inoltre, una articolazione delle pene disciplinari in relazione al principio di proporzionalità imporrebbe, secondo i principi generali, l'adozione di un codice disciplinare da parte dei contratti collettivi. D'altro canto riesce difficile giustificare la circostanza per cui, alla ricorrenza dei medesimi fatti, in un luogo - la responsabilità dirigenziale -, sono previste sanzioni che colpiscono l'incarico ma lasciano sopravvivere il rapporto, ed in altro luogo - la responsabilità disciplinare -, si determina la sola possibilità di licenziare il dirigente.

In definitiva, oggi, sapendo che verso il dirigente è possibile, nell'ambito più squisitamente disciplinare, la sola misura del recesso, le amministrazioni optano spesso per soprassedere anche a fronte di significative inadempienze; peraltro, l'immanenza del principio di proporzionalità, esporrebbe un eventuale recesso in tali ipotesi alla sanzione della nullità per violazione dell'art. 2106 c.c., così come richiamato dall'art. 55, c. 2 d.lgs. n. 165/2001. Si tratta, dunque, di introdurre sulle "dirigenze" delle pubbliche amministrazioni un importante fattore di praticabilità empirica del modello privatistico, il quale risponda, oltre che alle esigenze di tenuta gestionale ed organizzativa a fronte degli inadempimenti contrattuali dei dipendenti che occupano le posizioni di vertice, anche ad una evoluzione del quadro sistematico sempre più incline, per certi profili, a differenziare la dirigenza pubblica da quella dell'impresa privata.

Gli spazi di manovra determinati dalla legge suggeriscono che tale operazione di revisione dell'apparato sanzionatorio per i dirigenti sia svolta dal contratto collettivo, attraverso il rinvio contenuto nell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, anzitutto eliminando l'attuale dizione per cui «il dirigente non è soggetto alle sanzioni disciplinari conservative previste dall'art. 7, commi 3, 4 e 5, della legge n. 300 del 1970» (ad es. art. 27 Ccnl Area II - Regioni ed autonomie locali 10.4.1996). Peraltro il mancato richiamo da parte dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001 al 4° comma dell'art. 7 Stat. Lav., abilita la contrattazione collettiva, anche nell'ambito dirigenziale, oltre che a porre distinzioni interne alla categoria e a coordinare l'apparato punitivo disciplinare con la materia degli incarichi, a praticare sanzioni svincolate, nella tipologia e nei limiti edittali, da quelle enunciate nella norma statutaria: è attraverso questa via, infatti, che la contrattazione collettiva della tornata 2002/2005 ha potuto introdurre, per tutti i comparti, la sanzione della sospensione con privazione (parziale) della retribuzione da 11 giorni ai sei mesi (cfr. ad es. artt. 24 e 25 del Ccnl

---

828 Cass., 21 luglio 2001, n. 9950, in *DPL*, 2002, p. 661.

829 Cfr. Boscati 2006a, p. 334, il quale, appunto rilevando l'incompatibilità tra sospensione del rapporto ed esecuzione dell'incarico, riterrebbe al più praticabili sanzioni di tipo pecuniario come la multa.

Regioni ed autonomie locali del 22.1.2004), senz'altro assai efficace nel fornire una risposta seria da parte della p.a., utile a conciliare il ripristino della funzionalità del rapporto con la conservazione dello stesso in capo al dipendente. Ed è attraverso questa via che potrebbero essere individuate sanzioni pecuniarie più significative rispetto al massimo della multa pari a quattro ore di retribuzione.

6. Il procedimento disciplinare: da veicolo di legittimità formale del provvedimento, a strumento di controllo sostanziale e procedurale sull'esercizio dei poteri datoriali.

La zona di maggiore contatto ed interlocuzione tra i sistemi disciplinari dei due settori, privato e pubblico, è da sempre costituita dal procedimento disciplinare.

È noto, infatti, come l'innesto delle garanzie procedurali dell'art. 7 Stat. lav. sullo scarno precetto dell'art. 2106 c.c. risulti largamente debitore dell'esperienza contrattuale in essere nel settore privato, ma, soprattutto, del modello proprio del T.U. approvato con d.p.r. n. 3/1957, che del procedimento fece il nucleo costitutivo ed identificativo del monumentale apparato disciplinare del settore pubblico (Benvenuti 1961, p. 739). È anche vero, peraltro, che di quel modello la legge del 1970 non recepì l'elemento di distinzione fondamentale, dato dalla presenza di un giudice imparziale, nella funzione e nella composizione interna, costituito dalle commissioni di disciplina di cui all'art. 112 e ss. T.U. n. 3/1957 e confermato dall'art. 22 della l. n. 93/1983, il quale imponeva che l'irrogazione delle sanzioni avvenisse previo parere di un organo costituito in modo da assicurarne l'imparzialità (in particolare per la presenza di rappresentanti sindacali dei lavoratori). Il legislatore del settore privato mancò quindi di importare quella reale scissione fra funzione inquirente e funzione giudicante, che avrebbe impedito all'imprenditore di conservare una posizione sostanziale di «giudice domestico», nella misura in cui «l'esercizio del potere sia deferito in via permanente ad un collegio imparziale anziché spettare in via esclusiva al titolare, con tutte le implicazioni che tale scelta comporta sul piano dei corollari» (Montuschi 1971, p. 217).

Appare quindi comprensibile ora, al momento in cui il settore pubblico, con curiosa circolarità storica, imposta sul modello dell'art. 7 Stat. lav. il sistema disciplinare privatizzato dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, l'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione circa la natura dell'Ufficio procedimenti disciplinari, soggetto attivo del procedimento: un organismo di parte, che è e rappresenta l'amministrazione nell'azione disciplinare, il quale tuttavia "tende" ad una forma di "imparzialità", questa volta "di fatto", fornita dalle modalità di costituzione e dalla professionalità del dirigente che ne assume la responsabilità.

Con la riforma si rimedia, invece, o si cerca rimedio, alle disfunzioni più conosciute dell'apparato «paragiurisdizionale» del T.U. del 1957, le cui rigidità formali, scandite da termini a carattere prevalentemente ordinatorio[830], hanno favorito prassi dilatorie della pubblica amministrazione del tutto contrarie alle esigenze di certezza e celerità dell'azione disciplinare [831]. La mutata configurazione del rapporto disciplinare ha imposto una revisione integrale del procedimento disciplinare che, da un lato, si accostasse ai caratteri di celerità e concentrazione propri dei modelli procedurali presenti nel settore privato; e, dall'altro lato, mantenesse il corredo minimo di garanzie ispirate al diritto di difesa del lavoratore e ad una possibile riduzione del contenzioso in materia.

---

[830] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 1989, n. 369, *FA*, 1989, p. 1035.

[831] In tal senso v. Corte Cost., 25 maggio 1990, n. 264, in *FI*, 1990, I, c. 2723.

Il legislatore ha tuttavia rinunciato, per la parte procedurale, ad un rinvio integrale alla disciplina privatistica dell'art. 7 stat. lav.

L'art. 55 del decreto legislativo n. 165/2001 introduce infatti specifiche norme sul procedimento disciplinare che, pur concepite sul modello privatistico, costituiscono di fatto una deroga all'applicazione della norma statutaria, verso una complessiva, più accentuata forma di garanzia per il dipendente, addirittura esaltata dai contratti collettivi di comparto. Ne sono esempi la disciplina di raccordo tra capo struttura e UPD nella fase di accertamento, segnalazione e contestazione dell'addebito (art. 55, c. 4); l'obbligo, contrattualmente stabilito, di accesso in ogni momento agli atti del procedimento disciplinare da parte dell'interessato o di suo difensore (cfr. art. 24, c. 5 Ccnl Regioni e autonomie locali 6.7.1995); il necessario invito da parte dell'UPD all'audizione a difesa del dipendente, in ogni caso e dunque anche a prescindere, come avviene invece nel privato, da una precisa richiesta dello stesso in tal senso; il più ampio termine a difesa concesso al dipendente, il quale per i contratti collettivi non può essere convocato a difesa «prima che siano trascorsi cinque giorni lavorativi dalla contestazione del fatto» (mentre nel privato è la «sanzione» che non può essere applicata prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione); il carattere di «tempestività» della contestazione, codificato dai contratti collettivi nel termine di 20 giorni dalla conoscenza del fatto da parte del soggetto attivo del procedimento (capo struttura o UPD), termine oggi definito come perentorio da parte dei Ccnl di comparto (cfr. il c. 9 bis dell'art. 24 Ccnl Regioni e autonomie locali introdotto dall'accordo di comparto del 22.1.2004 su cui v. Tenore 2003, p. 864[832]); la possibilità per il dipendente, nell'ambito del procedimento, di realizzare un "patteggiamento" sulla tipologia ed entità della pena, in cambio della inoppugnabilità della stessa in sede giudiziale od arbitrale; il termine, universalmente fissato dai contratti collettivi, di perentoria "archiviazione" del procedimento trascorsi 120 gg. dalla contestazione (cfr., ancora, art. 24, c. 7 Ccnl Regioni e autonomie locali 6.7.1995).

Deve in particolare essere sottolineata la tendenza del nuovo procedimento del settore pubblico ad esaltare il momento del contraddittorio, quasi ad innestare elementi di un (giusto) processo disciplinare, nell'ambito di una procedura che resta caratterizzata dalla unilateralità di azione da parte del soggetto datoriale. Peraltro la differenza di tutela codificata dal legislatore della riforma scaturisce integralmente da quel "diritto vivente", le cui sollecitazioni hanno contribuito, appunto nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sull'art. 7, a rafforzare e ad allargare le garanzie statutarie per i lavoratori privati. Si assiste, in tal modo, alla più feconda osmosi di principi e discipline tra i due settori sul versante della procedura: l'audizione a difesa è sempre garantita e all'Ufficio procedimenti disciplinari spetta un preciso obbligo di attivazione in tal senso.

Il fatto che l'amministrazione «convochi» il dipendente per l'audizione a difesa potrebbe far pensare che egli non sia libero di esercitare la difesa nella più completa libertà di forme, e dunque di

---

[832] Per la non perentorietà del termine, prima della modifica dei testi contrattuali, v. Cass., 13 aprile 2005, n. 7601, in *lexitalia.it;* Cass., 23 dicembre 2004, n. 23900, in *FI*, 2006, I, col. 557. Se può così dirsi risolto il problema dell'immediatezza con riguardo all'attività iniziale dell'UPD, esso si ripropone, a monte, con riguardo all'attività del capo struttura: è certo, qui, che possano essere riproposti gli argomenti, lungamente elaborati nel settore privato, tesi a rendere necessaria l'immediatezza della segnalazione - seppure in senso relativo e cioè dal momento della conoscenza dei fatti -, anche da parte del capo struttura, al duplice fine di agevolare il diritto di difesa da parte del dipendente e di impedire la formazione di comportamenti acquiescenti del datore di lavoro di fronte all'illecito (Papaleoni 1996, p. 282; Mainardi 2002a, p. 386).

discolparsi sia in forma orale che in forma scritta, come da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza dell'impiego privato. In realtà tale possibilità di difesa (o di non difesa) ad ampio raggio in seguito alla «convocazione» è sicuramente ammessa anche per il dipendente pubblico, dovendo piuttosto la norma essere interpretata nel senso che incombe sull'amministrazione un obbligo di invitare il lavoratore alla difesa orale in ogni caso, indipendentemente da un sua richiesta in tal senso, mentre, nel settore privato, la giurisprudenza afferma che la presentazione da parte del lavoratore di giustificazioni scritte non fa venire meno l'obbligo da parte del datore di lavoro di ascoltare oralmente il dipendente, ma solo qualora questi ne faccia contestuale esplicita richiesta[833].

Fa da contrappeso, sul versante datoriale, la più piena libertà di utilizzo dei mezzi istruttori da parte della p.a., naturalmente circoscritta dall'esigenza di garantire carattere di assoluta trasparenza al procedimento disciplinare, fondato, in un'ottica privatistica, più che sui principi generali di imparzialità e di buona amministrazione (art. 97 Cost.), sul principio del contraddittorio e sulla garanzia del diritto di difesa (art. 24 Cost.), oltre che sul rispetto dei canoni di non discriminazione, correttezza e buona fede negoziale. Al riguardo, come anticipato, le norme dei contratti collettivi prevedono che «al dipendente o, su sua espressa delega al suo difensore, è consentito l'accesso a tutti gli atti istruttori riguardanti il procedimento a suo carico» (cfr. Ccnl Regioni ed autonomie locali; art. 27, c. 5). Sono già state oggetto di specifica considerazione da parte della Corte di Cassazione[834] le ragioni per cui la cornice privatistica del rapporto disciplinare, nella quale si inserisce a pieno la norma contrattuale sull'"accesso", porta a dubitare della possibilità di ricondurre alla l. n. 241/1990 (art. 22) l'obbligo della p.a. di consentire l'accesso agli atti del procedimento disciplinare, sottoposto, lo si ricorda, non solo alle norme del diritto privato, ma anche alla competenza del giudice ordinario. La mancata concessione del diritto di accesso verrà pertanto qui valutata dal giudice ordinario quale violazione, da parte del datore di lavoro, delle *norme contrattuali* che regolano la procedura diretta all'irrogazione delle sanzioni disciplinari, e non come violazione degli obblighi imposti dalle norme generali in materia di accesso agli atti amministrativi: e ciò in quanto, nell'ambito del procedimento disciplinare, e di qualunque procedimento proprio della gestione dei rapporti di lavoro nelle p.a. (es. procedure di mobilità o di gestione delle eccedenze), si ha una sequenza di atti negoziali in alcun modo soggetta alle regole pubblicistiche di disciplina del procedimento amministrativo.

L'avvicinamento al modello privato non riguarda perciò solo il profilo "quantitativo" della riduzione delle norme procedurali e della eliminazione della rigida scansione formale che caratterizzava la vecchia procedura, ma tocca la vera e più intima essenza del procedimento disciplinare: come avviene nell'impresa, la «legittimazione» della sanzione deriva dalla formazione della stessa nel rispetto delle norme sostanziali e procedurali considerate idonee, dall'ordinamento, a far sì che la determinazione del datore di lavoro avvenga in termini di adeguatezza, nel rispetto delle clausole generali che regolano l'attività negoziale e risulti priva di intenti discriminatori. La piena responsabilizzazione del datore di lavoro pubblico nell'irrogazione delle pene è coerente con l'intero disegno di riforma e va ad affiancarsi, chiudendo il circuito, all' attribuzione alla p.a. del

---

833 Cass., 7 gennaio 1998, n. 67, in *RIDL*, 1998, II, p. 543; Cass., 11 giugno 1996, n. 5366, in *NGL*, 1996, p. 561; Cass., 29 aprile 1993, n. 5027, in *NGL*, 1993, p. 829; Cass., 3 giugno 1992, n. 6742, in *DPL*, 1992, p. 2202; Cass., 16 gennaio 1992, n. 467, in *RIDL*, 1993, II, p. 316.

834 Cfr. le pronunce citate *retro*, alla nota n. 1.

potere direttivo e di organizzazione per tutti gli atti di gestione dei rapporti di lavoro (art. 5, comma 2 d.lgs. n.165/2001): divenuto giudice «domestico», l'ente pubblico «interessato dall'azione disciplinare agisce in piena autonomia nell'irrogazione della sanzione» (Esposito 1995, 256; Battini 2002, 802-803), dovendo seguire i soli obblighi sostanziali e procedurali ai quali è tenuto a conformarsi anche l'imprenditore privato.

Restano, naturalmente, anche qui, alcuni luoghi di tensione nella incondizionata applicazione delle coordinate di diritto privato.

Tra questi vi è senz'altro quello della presunta obbligatorietà dell'azione disciplinare, pianamente desunta, in orbita giuspubblicistica, dalla alterità degli interessi cui la stessa presiede (interessi non interni e contrattuali, bensì esterni e generali) (Terranova 1995, p. 205; Contieri 1984, p. 84).

L'esistenza di un'insopprimibile discrezionalità in capo al datore di lavoro nell'avviare (o meno) l'azione disciplinare nei confronti del dipendente, trova invece fondamento nel più ampio potere di direzione dell'impresa ex art. 2086 c.c., anche in ragione dell'opportunità di astenersi dall'irrogare sanzioni disciplinari in ragione del contesto organizzativo-ambientale o della contingenza temporale del caso[835]. Altra e diversa questione è infatti quella relativa alla lamentata discriminazione subita da un lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare, a fronte di altro lavoratore nei cui confronti, pur in presenza dei medesimi fatti sanzionabili, non sia stato avviato il procedimento e non è stata irrogata sanzione. Il datore di lavoro potrebbe qui essere chiamato a giustificare in sede di impugnativa la razionalità della propria scelta, pur in assenza di un principio di parità di trattamento in materia[836]; ma si tratta di questione che involge la legittimità della sanzione impugnata sotto il profilo del divieto di discriminazione e non, con evidenza, la mancata attivazione dell'azione disciplinare nei confronti del lavoratore non sottoposto a procedimento.

Il principio di discrezionalità o, meglio, di *opportunità* dell'azione disciplinare deve pertanto trovare cittadinanza, senza riserve, anche con riguardo all'esercizio del potere da parte delle amministrazioni pubbliche (in tal senso L. Zoppoli 1998, p. 423, il quale sembra peraltro circoscrivere la discrezionalità al solo momento sanzionatorio; Tampieri 1996, p. 72 e Pellacani 1994, p. 85, i quali individuano come unico limite al regime di discrezionalità determinato dalla c.d. privatizzazione, il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento; *contra*, Viola 1996, p. 555 e Id 1997, p. 367; Fiori 1996, p. 101), in quanto, come più volte rilevato, la privatizzazione esclude una finalizzazione dei procedimenti alle regole pubblicistiche di azione (Lucibello 1998, p. 481), svincolando l'esercizio del potere da ogni obbligatorietà, salva l'illegittimità di comportamenti discriminatori o arbitrari da parte della p.a.(C. Alessi 1994, p. 555).

La natura pubblica dell'ente non determina più, e forse non determinava nemmeno prima (L. Zoppoli 1991), l'obbligo per la p.a. di dare luogo all'azione (e quindi all'irrogazione della sanzione) pure in presenza di un'infrazione rilevante sul piano disciplinare, in quanto l'amministrazione, nella gestione del personale, utilizza strumenti privatistici diretti al conseguimento di un risultato di efficienza che può essere raggiunto anche attraverso la guida di criteri di opportunità negli atti di gestione. Si tratta, in *subjecta materia* e in ragione del processo di riforma, non di

---

[835] Così, espressamente, Cass., 25 maggio 1995, n. 5753, in *MGL*, 1995, p. 601; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2252, in *GC*, 1995, I, p. 2781; Trib. Torino 17 febbraio 1997, in *Gpiem*, 1998, p. 114.

[836] Per un caso di legittima punizione solo di alcuni e non di tutti i responsabili di un'infrazione disciplinare cfr. Cass., 25 luglio 1984, n. 4382, in *GC*, 1984, I, p. 3001.

discrezionalità amministrativa, che postula l'insindacabilità nel merito, bensì di «discrezionalità» (in senso atecnico) del privato datore di lavoro, che comporta la piena sindacabilità del merito delle scelte, con il segnalato passaggio da posizioni soggettive del lavoratore aventi la natura dell'interesse legittimo a posizioni di diritto soggettivo.

Come nel settore privato l'esercizio del potere attraverso il procedimento è preordinato al recupero di funzionalità del rapporto e al perseguimento di finalità afflittive ed intimidatorie nei confronti della collettività di lavoro: onde, laddove il soggetto titolare del potere, pure in presenza dell'infrazione, e in relazione al caso di specie, non ravvisi l'opportunità in tal senso dell'azione disciplinare, ben può ammettersi la scelta di un'astensione dal procedere nei confronti del lavoratore. Peraltro tale disponibilità del procedimento e della sanzione mi pare addirittura esplicita nella piena disponibilità «negoziale» degli stessi, così come evidentemente descritta dall'art. 55, c. 6 d.lgs. n. 165/2001, attraverso l'istituto del «patteggiamento» disciplinare della pena e della stessa prosecuzione del procedimento, istituto esplorabile per fini del tutto parziali e di convenienza contrattuale del lavoratore e dell'amministrazione, ovvero, rispettivamente, la riduzione della sanzione e l'inoppugnabilità della stessa una volta irrogata.

Certo l'esistenza di un controllo sull'operato del soggetto deputato all'esercizio dell'azione disciplinare, in termini di responsabilità dirigenziale, può indurre a svolgere comunque il procedimento, al fine di precostituire, in ogni caso, una giustificazione circa la scelta di non procedere all'irrogazione della sanzione. Ma si tratta evidentemente di considerazione in fatto e non di imposizione positiva di un obbligo di esercizio dell'azione disciplinare, anche laddove i contratti collettivi prevedono che, in caso di mancata comunicazione al dipendente, entro un certo termine, della avvenuta segnalazione dei fatti da contestare da parte del capo struttura all'ufficio per i procedimenti disciplinari, «si darà corso all'accertamento della responsabilità del soggetto tenuto alla comunicazione» (cfr. ad es. l'art. 24, c. 4 Ccnl Regioni ed autonomie locali)[837].

Si è ben consapevoli che nell'invocare la discrezionalità o opportunità dell'azione disciplinare, proprio mentre si va verso una sorta di, seppur parziale, esternalizzazione della stessa per conclamata ineffettività[838], si rischia di avallare più o meno avvertite condotte indulgenti da parte dei soggetti responsabili dell'azione disciplinare. Ma si è convinti che una maggiore effettività di esercizio dei poteri datoriali, insieme al riconoscimento della relativa responsabilità, passi anzitutto appunto dall'attribuzione ai dirigenti delle «capacità e poteri del privato datore di lavoro», riconoscendo ad essi la pienezza delle prerogative manageriali, svincolate da ogni possibile pressione da parte degli organi politici e delle istanze sindacali.

Ad accomunare la posizione del datore di lavoro privato e di quello pubblico, resta, tuttavia, la situazione in cui è lo stesso legislatore a prevedere un "dovere" di procedere in via disciplinare, quale eminentemente rappresentata dall'esercizio del potere nell'ambito della regolamentazione dello sciopero nei servizi essenziali di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 1 e 13 lett. i) della l. n. 146/1990, come modificata dalla l. n. 83/2000 (M.T. Carinci 2001, p. 206; Pascucci 2000, p. 754-755; Santoni 2000, p. 388 e ss.).

---

[837] La disposizione, che non compare nei Ccnl Università ed Enti di ricerca, va probabilmente letta nel senso del rispetto dei canoni di immediatezza e certezza del procedimento, quindi nell'ambito non dell'*an* della procedura, ma, piuttosto, del *quomodo:* in una situazione, cioè, nella quale già è maturato positivamente il processo volitivo del capo struttura circa la rilevanza disciplinare dell'addebito e la necessità di dare luogo al procedimento.

[838] Ci si riferisce naturalmente al citato Ddl Camera dei Deputati 18.12.2006, n. 2080.

Problemi in parte diversi, di cui si darà subito conto, si prospettano invece circa i rapporti tra giudizio penale e giudizio disciplinare, specie alla luce delle disposizioni rese per il settore pubblico dalla l. 27 marzo 2001, n. 97.

7. I rapporti tra illecito penale e procedimento disciplinare.

In materia di rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare, in particolare quelli sostanziali relativi al pregiudizialità del giudicato penale su quello disciplinare e alla tipologia dei provvedimenti adottabili in pendenza di giudizio penale, è venuta ad incidere, come noto, con forte impatto per il settore pubblico, la legge 27 marzo 2001, n. 97, contenente «Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche» (Noviello e Tenore 2002, p. 277 e ss.; Mainardi 2002a, p. 512 e ss.).

La legge è intervenuta ad intensificare e a rendere più stringente il rapporto tra i due ambiti – penale e disciplinare –, nella considerazione per cui l'indipendenza creata tra i giudizi, già in virtù della modifica del codice di rito penale intervenuta nel 1988, si è in molti casi tradotta in una difforme e discrezionale valutazione da parte delle pp.aa. circa le responsabilità emerse sul piano penale a carico dei propri dipendenti. La legge n. 97/2001 si muove allora nella diversa direzione di accrescere la portata degli esiti del processo penale nell'ambito della relazione disciplinare, rendendo questa volta vincolante l'assunzione da parte della p.a. di determinati provvedimenti, proprio in ragione del loro collegamento con le responsabilità accertate in sede penale, talora anche in via non definitiva.

È così che, proprio in virtù del taglio pubblicistico adottato, si utilizza una particolare relazione tra legge e contratto collettivo, secondo la dibattuta norma dell'articolo 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 (già art. 2, comma 2 d.lgs. n. 29/1993) (Riccardi e Speziale 2004, p. 156 ss.).

Il rapporto di derogabilità, riconosciuto dall'art. 2, c. 2 del decreto al contratto collettivo rispetto alla legge, anche in senso peggiorativo, trova una unica eccezione, costituita dalla possibilità, da parte della stessa fonte legislativa, di "proteggere" il proprio prodotto dichiarandosi a sua volta espressamente "inderogabile" da parte del contratto collettivo successivo. La legge n. 97/2001 adotta proprio tale ultimo meccanismo di protezione rispetto alla contrattazione collettiva, sancendo espressamente all'articolo 8, da un lato, la prevalenza delle disposizioni legislative rispetto a quelle contrattuali già esistenti in materia; dall'altro, l'impossibilità da parte dei contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della legge di derogare alle stesse disposizioni legislative. In tal modo la norma ha "congelato" il meccanismo di deroga previsto dall'articolo 2 comma 2 e cristallizzato sine die, a favore della fonte legislativa, la disciplina della materia, la quale potrà essere superata solo in forza di un successivo e diverso intervento legislativo.

La legge 97/2001 introduce così una vera e propria anomalia nell'ambito di una regolazione degli istituti disciplinari ormai interamente attratta alla sfera di competenza del contratto collettivo, escludendo altresì tale ultima fonte, con la creazione di una qual sorta di riserva di legge anche pro futuro, da ogni possibilità di intervento in relazione ai profili e ai rapporti ivi regolati; e se tale riserva può ritenersi del tutto giustificata ove la legge del 2001 interviene a modifica di norme del codice penale e di procedura penale rispetto alle quali risulta del tutto pleonastico negare una capacità regolativa del contratto, meno opportuna appare tale riserva ove si provvede ad individuare misure cautelari che il dipendente sconta interamente sul piano del rapporto di lavoro,

quali il trasferimento a seguito di rinvio a giudizio (art. 3) e la sospensione a seguito di condanna non definitiva (art. 4).

Stretta dalla clausola di salvaguardia, la contrattazione collettiva successiva (Ccnl della tornata 2002/2005) altro non ha potuto che muoversi nei limiti e secondo le prescrizioni introdotte dalla nuova legge, cercando al più di chiarire alcuni momenti di raccordo tra disciplina legale e disciplina contrattuale preesistente.

La pregiudizialità assoluta del giudicato penale su quello disciplinare ha anzitutto consolidato la regola per cui l'inoltro dell'illecito alla Procura, o la conoscenza altrimenti determinatasi della pendenza del procedimento penale per i medesimi fatti oggetto del giudizio disciplinare, hanno un effetto sospensivo sul procedimento disciplinare: questo andrà riassunto solo dopo la "notizia" del giudicato penale entro i termini perentori di 180 gg. per tutti i reati, abbreviati a 90 gg. per i soli gravi reati di cui all'art. 3 della legge n. 97/2001 (peculato, concussione, corruzione, ecc.) (cfr. art. 26 Ccnl Regioni ed autonomie locali 22 gennaio 2004) (Tenore 2003, p. 872).

Vero è che la contrattazione collettiva ha ribadito il principio, proprio di numerosi interventi della Corte costituzionale sul tema[839], per cui, anche in presenza di una rafforzata pregiudizialità penale, la sanzione disciplinare deve essere sempre irrogata a seguito di un integrale procedimento disciplinare volto all'accertamento della relativa responsabilità e degli elementi che la caratterizzano, non necessariamente coincidenti, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, con quelli propri della responsabilità penale per i medesimi fatti.

Certo, la modifica apportata dall'articolo 1 della l. n. 97/2001 al testo dell'art. 653 c.p.p. (re)introduce nei confronti dei pubblici impiegati – con un certo ritorno a disposizioni previgenti (cfr. art. 28 c.p.p. del 1930) –, una rilevanza assorbente del giudizio penale che, una volta definito, ed in qualsiasi modo concluso, esaurisce ogni questione in ordine all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della commissione dell'illecito da parte dell'imputato, sottraendo integralmente tali valutazioni all'autonomia del giudizio disciplinare. La ratio della nuova disposizione può quindi essere identificata, oltre che nella regolazione in termini unitari dell'effetto delle statuizioni terminative della sentenza penale alla stregua dei limitrofi artt. 651, 652 e 654 c.p.p., nella necessità di evitare la possibile riapertura del contenzioso in sede disciplinare, nella quale la statuizione cui è pervenuta la magistratura penale in ordine alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e la imputabilità della commissione da parte del soggetto interessato deve ritenersi pertanto definitivamente acquisita[840]. Per tali profili, la sentenza penale, "fa stato" nel procedimento disciplinare, condizionando fortemente ogni possibile discrezionalità dell'amministrazione circa gli elementi costitutivi (sussistenza del fatto; illiceità penale;

---

[839] Cfr. ad es. la nota Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971, in RIDL, 1989, II, p. 669, ove si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 85, lett. a) del d.p.r. n. 3/1957, il quale sanciva la destituzione «di diritto» del dipendente a seguito – alla stregua di effetto accessorio e automatico – di intervenuta condanna penale irrevocabile dello stesso per i delitti ivi elencati, per lo più riconducibili alla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato, dei delitti contro la p.a., dei delitti contro la fede pubblica. L'automaticità della destituzione viene considerata dalla Corte come contraria al principio di gradualità della sanzione disciplinare, precludendo una valutazione del caso concreto da parte dell'amministrazione, quale unica titolare del potere disciplinare.

[840] L'intervento del legislatore ha investito anche gli effetti della sentenza di patteggiamento la quale, pur essendo equiparata, salvo diverse disposizioni di legge, a una pronuncia di condanna, per espressa disposizione contenuta nell'art. 445, c. 1 c.p.p. non aveva efficacia nei giudizi civili o amministrativi. L'art. 2 della l. n. 97/2001, modificando il secondo periodo dello stesso art. 445 c. 1, nel senso di fare salvo «quanto previsto dall'articolo 653» ha equiparato la sentenza di patteggiamento a quella di condanna, appunto circa l'efficacia preclusiva nell'ambito del giudizio disciplinare, sub specie di accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità sotto il profilo penale, nonché della commissione da parte dell'imputato.

imputabilità/colpevolezza) dell'addebito disciplinare. Onde bisogna ritenere che, se un qualche margine di autonomia permane nel giudizio disciplinare dell'UPD, questa è delimitata alla valutazione delle eventuali circostanze che, nel caso concreto, possono incidere sulla gravità del fatto nel contesto dello specifico rapporto di lavoro, influenzando così la relazione di proporzionalità; ovvero, ed ancora, sulla valutazione dell'elemento soggettivo (colpa, dolo), ovviamente diversa ai fini disciplinari.

In questi termini, è stata introdotta una previsione potenzialmente diversificatrice rispetto alla posizione del lavoratore privato, laddove, invece, ipoteticamente si ammette la possibile rilevanza binaria di una determinata condotta in sede penale rispetto a quella disciplinare.

La soluzione legislativa non va esente da critiche, specie riguardo all'efficacia extrapenale dell'ipotesi "assolutoria" perché il fatto non costituisce illecito penale. Il procedimento disciplinare, in tali ipotesi, può riguardare fatti che, pur non acquisendo rilevanza penale, sono però contrari agli obblighi del dipendente e costituiscono perciò infrazione. Così come, sotto il profilo soggettivo, un'eventuale assoluzione per difetto di dolo potrebbe non svuotare di contenuto l'addebito disciplinare, ove rilevi un comportamento meno qualificato appunto sul piano soggettivo (Papaleoni 2001, 533).

D'altra parte è la stessa contrattazione collettiva ad introdurre una sorta di automatismo che ulteriormente riduce la discrezionalità dell'amministrazione nell'ambito del procedimento disciplinare, anche in sede di scelta circa la sanzione applicabile: è stabilito infatti dai contratti, ferma la necessità del procedimento, che la sanzione del licenziamento senza preavviso, oltre ad essere irrogabile nei casi di interdizione perpetua dai pubblici uffici, rappresenta l'unica misura in caso di condanna «…per i delitti indicati nell'art. 1, commi 1 e 4-septies, lettere a), b) limitatamente all'art. 316 del codice penale, c) ed e) della l. . 16 del 1992; …per i delitti previsti dall'art. 3, comma 1 della l. n. 97 del 2001».

8. Una conclusione.

Con uno sguardo alle considerazioni di apertura si può dire che la legge del 2001 sui rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare rappresenta bene, per il modello impositivo prescelto, per l'introduzione di automatismi che comprimono e rendono irrilevante ogni capacità valutativa della p.a., nonchè per la tecnica di estromissione delle fonti negoziali ivi praticata, il crinale sul quale più instabile diventa il sentiero del nuovo datore di lavoro pubblico nella gestione della relazione disciplinare.

Al di là di quel crinale, infatti, si (ri)propongono antichi e rinvigoriti motivi di complessiva sfiducia nella capacità del management pubblico di attivare la reazione disciplinare in modo efficiente e tempestivo, per restituire ordine organizzativo ed equilibrio al rapporto contrattuale.

Se la tecnica di questa legge che viene da lontano, figlia di "Tangentopoli" e di un'epoca in cui si poteva essere condannati dalla magistratura penale pur conservando immacolato il rapporto di lavoro con l'amministrazione di appartenenza, appare senz'altro giustificata nell'imporre agli uffici competenti pregiudizialità sostanziali e procedurali sul piano disciplinare; se ciò è vero, nondimeno appare oggi concreto il rischio che, seguendo quella stessa tecnica, il nuovo datore di lavoro pubblico venga spogliato di uno dei suoi poteri caratterizzanti e qualificanti – quello disciplinare – perché fatto confluire su soggetti terzi ed indipendenti, authority od altro, con una

pericolosa rottura dell'asse potere organizzativo-responsabilità che aveva sino ad oggi costituito il principale collante teorico nell'impianto della dirigenza pubblica privatizzata.

Occorre invece rafforzare questo asse dall'interno, selezionando, anzitutto, una nuova generazione di dirigenti formati sui modelli di gestione cui si ispira la riforma delle amministrazioni pubbliche nei paesi a più avanzata modernizzazione dei servizi; occorre attivare i meccanismi di controllo e valutazione esistenti, i quali ben poco hanno da invidiare, sotto il profilo tecnico, rispetto ad esperienze a noi limitrofe; e pure, occorre contenere le pressioni politiche e politico-sindacali sul management, a tutt'oggi causa prima delle lamentate disfunzioni della macchina disciplinare.

Ed allora, forse, è ancora troppo presto per esporre la lunga cordata della riforma del lavoro nelle p.a. ai dirupi sui quali talvolta si affaccia quel crinale: perchè, così, si tralascia la prima buona regola di chi va in montagna, quella di mettere, lentamente, un passo davanti all'altro.

9. Bibliografia

ALESSI C. (1994) Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in* RGL*, I, p. 491 ss.*

APICELLA E.A. – CURCURUTO F. – SORDI P. – TENORE V. (2005) Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza, *Giuffrè, Milano*

ALVARO (2006) La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Roma*

BATTINI (2000) Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova*

BENVENUTI F. (1961) Contraddittorio (dir. amm.), *in* ED, *Giuffrè, Milano, IX, p. 739.*

BORGHESI D. (2001) *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, in *LPA*, p. 165.

BOSCATI A. (2004) Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti*, in F. Carinci e L. Zoppoli,* Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, p. 1160 ss.*

BOSCATI A. (2006a) Il dirigente dello Stato, *Milano, Giuffrè*

BOSCATI A. (2006b) Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in* LPA*, 2006, 1211 e ss.*

CARABELLI U. (2005), Conclusioni*, in* Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Atti del Convegno di catanzaro 25 febbraio 2005, Rubettino, Soveria Manelli*

CARETTI (2002) Fonti statali e fonti locali dopo lariforma del titolo V della Costituzione*, in* RE*, p. 951*

CARINCI F. (2001) La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, D.Lgs. n. 29/1993 (il modello «universale»)*, in* ADL*, p. 33 ss.*

CARINCI F. (2003) Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in* ADL*, 17 e ss.*

CARINCI F. (2005) Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze", *in Carinci F. e Mainardi S. (a cura di),* La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni, *Giuffrè, Milano, p. XLIII ss.*

CARINCI M.T. (2001) L'immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico, in QDLRI, 25, p. 187 ss.

CARLESI F. (2006) IL lavoro presso le pubbliche amministrazioni*, in A. Piogia e L. Vandelli (a cura di),* La Repubblica delle autonomie nella riforma costituzionale*, Bologna, Il Mulino, p. 267 e ss.*

CARUSO B. E ZAPPALÀ L. (2007) *La riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzarne la governance ?*, in *LPA*, fasc. 1., p. 1 ss.

CORPACI A. (2002). L'incidenza del Titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in* LPA*, suppl. al fasc. 1/2002, p. 47.*

CONTIERI A. (1984) Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, ESI, Napoli*

D'ALESSIO G., La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in LPA, 2006, 568 s*

D'ANTONA M. (1995) *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro***,** in *FI*, V, p. 29.

D'AURIA G. (2001) Il lavoro pubblico dopo il nuovo titolo quinto (parte seconda) della costituzione, *in* LPA*, 2001, p. 753 e ss.*

DELL'OLIO M. (1999) I dirigenti e la stabilità, *in* ADL*, p. 23 ss.*

D'ORTA C. e BOSCATI A. (2004) Politica e amministrazione*, in F. Carinci e L. Zoppoli,* Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, p. 955 ss.*

ESPOSITO M. (1993) La "nuova" responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti*, in Rusciano e Zoppoli (a cura di),* L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, p. 223 ss.*

ESPOSITO M. (1995) La riforma del potere disciplinare nel lavoro pubblico: dalla riserva di legge alla contrattazione collettiva, *in Rusciano e Zoppoli (a cura di),* Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico, *Bologna, Il Mulino, p. 251 ss.*

FIORI L. (1996), Il procedimento disciplinare*, in AA.VV.*, Le sanzioni disciplinari negli enti locali*, Giuffrè, Milano, p. 101*

GIARDINO E. (2004) La responsabilità disciplinare*, in De Marzo e Tomei (a cura di), Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli Enti locali, Padova, p. 485 e ss.*

GRAGNOLI E., Principio del contraddittorio e licenziamento del dirigente*, in* Studi in memoria di Salvatore Hernandez, *in* DL*, 2003, 345*

ICHINO P. (2006) I nullafacenti*, Milano, Mondadori.*

LANOTTE M. (2003) Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli*

LEVI A. (1999) Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in Perone e Sassani (a cura di)* Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, padova.*

LIGNANI P.G. (1998) La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale, *in Sorace (a cura di),* Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998.*

LISO F. (2000) La privatizzazione dei rapporti di lavoro, *in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da)* Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, p. 177 ss.*

LUCIBELLO P. (1998) La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in* DPub*, p. 453.*

MAINARDI S. e MISCIONE M. (1995) Potere e responsabilità disciplinare*, in* Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci, Giuffrè, Milano*

MAINARDI S. (1998) *L'estinzione del rapporto*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche - I contratti collettivi per le aree dirigenziali,* Commentario diretto da F. Carinci e C. D'Orta, Giuffré, Milano, p. 393 e ss.

MAINARDI S. (2002a) Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico – Sub art. 2106*, in* Commentario del Codice civile *diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano*

MAINARDI S. (2002b) La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in* LPA*, 1078 e ss.*

MAINARDI S. (2006) Piccolo *requiem* per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80, *in* LPA, *12 e ss.*

MASTROGIUSEPPE e RUFFINI (2005) I regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi e lo sviluppo organizzativo*, in* RU*, 2005, 2, p. 95;*

MAZZONI G. (1971) Manuale di diritto del lavoro, *Milano, Giuffrè*

MISCIONE M (2000) Sanzioni disciplinari e responsabilità, *in Carinci F., D'Antona M. (diretto da),* Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Commentario, Giuffrè, Milano, p. 1649 ss.*

MONTUSCHI L. (1973) Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano*

MONTUSCHI L. (1991) Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in* QDLRI*, n. 9, p. 9 e ss.*

MONTUSCHI L. (1997) Un caso di riduzione delle tutele: il rapporto di lavoro del dirigente di azienda, *in* RIDL, *II, p.363.*

MOR G. (1991) Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti, *in* QDLRI*, 9, p. 27 ss.*

NAPOLI M. (1980), La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli*

NICOSIA G. (2000) La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in* LPA*, p. 131.*

NICOSIA G. (2003) La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in* DLRI*, p. 253*

NICOSIA G. (2007) La responsabilità dei dirigenti pubblici*,* sub. artt. 13-29*, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo, Maresca (a cura di),* Il Diritto del Lavoro*, III,* Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, p. 259 ss.*

NOVIELLO G. (2004) Riflessi della natura privatistica degli atti del procedimento disciplinare nel pubblico impiego "depubblicizzato", *in* Gestione delle risorse umane, Il sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, Formez, Roma.*

NOVIELLO G. E TENORE V. (2002) La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico. impiego privatizzato, *Giuffrè, Milano*

OFFIDANI A.M. (1953) Studi sull'ordinamento giuridico speciale (il concetto della supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina*), Giuffrè, Milano*

PAPALEONI M. (1996) Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore, *Jovene, Napoli.*

PAPALEONI M. (2001) Considerazioni sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici, *in* LPA, *p. 527 ss.*

PASCUCCI P. (2000) Le sanzioni, *in Pascucci (a cura di),* La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali, *Milano, Ipsoa, p. 244 ss.*

PEDACI (1997) Alcune notazioni in margine all'art. 59 quarto comma del d.lgs. n. 29 del 1993 ed all'art. 24 settimo comma del CCNL 94/97 del personale degli enti locali: l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari*, in* TAR*, fac. 1, 2, p. 51.*

PEGORARO L. e GIUPPONI T. (2002) L'autonomia normativa degli enti locali nella riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001)*, in DE SIERVO (a cura di),* Osservatorio sulle fonti 2001*, Torino, p. 283 e ss.*

PELLACANI G. (1994) L'applicabilità dello Statuto dei lavoratori*, in Galantino (a cura di),* Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: profili di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 55 ss.*

PERA G. (1972) Sub art. 7, *in Assanti e Pera,* Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, p. 74 e ss.*

PERA G. (1995) Non esiste il licenziamento c.d. disciplinare del dirigente?, *in* GC*, I, p. 1760.*

PERSIANI (1966) Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova*

PICCININI I. (1995) Il potere disciplinare*, in* QDLRI*, 9, p. 261 ss.*

PICCININI I. (1998), Sanzioni disciplinari, III) Impiego pubblico privatizzato*, in* EGT*, Roma, (aggiornamento), vol. XXVIII*

RICCARDI A. e SPEZIALE V. (2004) Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in Carinci F. e Zoppoli L. (a cura di),* Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, p. 156 ss.*

RUSCIANO M. (1978) L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna*

RUSCIANO M. (2002) La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in* LPA*, 893 e ss.*

SALOMONE R. (2005) Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, Cedam*

SALOMONE R. (2006) Spoils-system regionale e riparto di competenza: via libera dalla Consulta, *in* LPA*, 692 e ss.*

SANTONI F. (2001) Le sanzioni, *in Santoni (a cura di), Le regole dello sciopero, Napoli, Jovene, p. 177.*

SGROI M. (2006) Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici, *Giappichelli, Torino.*

SORDI P. (2001) Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in* LPA*, p. 290 ss.*

SPAGNUOLO VIGORITA L. e FERRARO G. (1975) Commento all'art. 7*, in Prosperetti U. (diretto da)* Commentario dello Statuto dei lavoratori, *Giuffrè, Milano.*

TENORE V. (2003) Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in* LPA*, 2003, p. 853 e ss.*

TALAMO V. (2000) Lo strano caso del comune di Curinga (ovvero politici, dirigenti e contratti integrativi negli enti locali), *in* LPA*, 779.*

TALAMO V. (2001) Il d.lgs. n. 165/2001 fra tradizione e discontinuità: giuda ad un testo unico «meramente compilativo»*, in* LPA*, suppl. al fasc. n. 2/2001, p. 9 e ss.*

TAMPIERI A. (1996) Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano*

TERRANOVA S. (1995) Il rapporto di pubblico impiego*, II ed., Giuffrè, Milano, 1995*

TOSI P. (1989) La questione del licenziamento disciplinare del dirigente di azienda, in NGL, *2 (suppl), p. 176 e ss.*

TOSI P. (2001) Dirigenze pubbliche e private*, in* ADL*, p. 59 e ss.*

TROJSI A. (2005) Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in* LPA*, p. 491 e ss.*

TROJSI A. (2007) Potestà legislativa e competenza regionale*, in* ADL*, p. 57 e ss.*

TROVATO A. (2004) La titolarità del potere disciplinare nelle p.a., *in in* Gestione delle risorse umane, Il sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, Formez, Roma*

TULLINI P. (1989) Potere disciplinare e art. 7: bilancio di un'esperienza, *in* QDLRI*, 6, p. 190.*

VALENTI (1996) Sanzioni disciplinari, competenze demandate al Comune. Schema di regolamento, *in* AI*, 5, p. 775*

VIOLA L. (1996) Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in* RGL*, I, p. 542.*

VIRGA P. (1999) La responsabilità disciplinare*, in* Atti del XLIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1999.*

ZANGROSSI L. (1995) Il procedimento disciplinare nel rapporto di pubblico impiego dopo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in* CdI*, p. 1606 e ss.*

ZOLI C. (1991) L'esercizio del potere disciplinare*, in* QDLRI*, 9, p. 61 ss.*

ZOLI C. (2005) *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi,* in *LPA,* p. 263 ss.

ZOLI C. (2007) L'impiego flessibile negli enti locali*, in QDLRI,*

ZOPPOLI L. (1991) Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro, *in* QDLRI*, 9, p. 37*

ZOPPOLI L. (1996) Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in* LD*, p. 87 ss.*

ZOPPOLI L. (2003) La reintegrazione del dirigente pubblico tra «capriccio degli organi politici» e «giurisprudenza creativa»*, in* DLM*, p. 527.*

ZOPPOLI L. (2007) Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, Relazione per il Convegno nazionale DICCAOP, SNALCC, CONFSAL* – Verso una nuova qualità

dei servizi e del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Napoli 13 aprile 2007, dattiloscritto, in corso di pubblicazione in* LPA.

Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*

Franco Carinci

1. Una premessa. 278

2. All'indomani del 31 dicembre 1947: i giuslavoristi di fronte al codice civile del 1942 ed al nuovo testo costituzionale. 282

3. Il codice civile del 1942: "pregiudizio" e "orgoglio". 283

4. La Costituzione del 1948: il "pluralismo istituzionalizzato". 287

5. La rinascita del diritto del lavoro all'insegna dell'autonomia dei privati. 290

5.1 L'autonomia collettiva. 290

5.2. L'autonomia individuale. 294

6. Lo Statuto dei lavoratori: la svolta "istituzionale". 296

7. L'evoluzione post-statutaria del diritto sindacale. 302

7.1 La sconfinamento dell'agire collettivo nel "politico" e nel "pubblico". 302

7.1.1. La concertazione. 302

7.1.2. La contrattazione "delegata" (et alia). 307

7.2. Il contenimento del conflitto collettivo. 315

7.2.1. Dal contropotere sindacale al coinvolgimento dei lavoratori. 315

7.2.2. Dal confronto "diretto" al confronto "mediato" da un terzo. 317

7.2.2.1. La Commissione di garanzia. 317

7.2.2.2. Il comportamento antisindacale. 319

7.2.2.2.2. Legittimazione ad agire e giurisdizione. 321

8. L'evoluzione post-statutaria del diritto del rapporto individuale di lavoro. 323

8.1. Il filo rosso della subordinazione. 323

8.1.1. Il "tormentone" dottrinale. 323

8.1.2. L'"ipse dixit" del legislatore: dalla legge n. 196/1997 al decreto legislativo n. 276/2003. 329

8.2. Il controllo dei poteri del datore di lavoro vis-à-vis dei diritti individuali. 334

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 54/2007

8.2.1. La "procedimentalizzazione". 336

8.2.2. Il controllo sostanziale sul "motivo" e/o sul "criterio". 337

8.2.2.1. Il filone "giustificatorio". 339

8.2.2.1.1. Il controllo sul motivo. 339

8.2.2.1.2. Il controllo sul "criterio". 342

8.2.2.2. Il filone "anti-discriminatorio". 342

8.2.2.3. La "tipicità" del controllo. 344

8.2.2.4. La "peculiarità" del sistema sanzionatorio. 346

9. L'"influsso" esercitato dal diritto civile in materia di privacy e danno. 349

9.1. *La* privacy. 349

9.2. Il danno. 350

9.2.1. L'"ampliamento" ed il "trasloco" del danno risarcibile. 351

9.2.2. Il presunto "tramonto" del danno "in re ipsa" nel diritto del lavoro. 354

10. Estensione del diritto del lavoro come diritto privato e conferma della sua appartenenza all'"ordinamento civile". 354

10.1. La c.d. privatizzazione del pubblico impiego. 354

10.2. La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 117, co. 2, lett. l). 355

11. La finanziaria del 2007: il controcanto. 357

12. E adesso pover' uomo? 358

1. Una premessa.

Il titolo del saggio dà per sottintesa la storica contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, che è divenuta via via più evanescente, ma che era ben viva al tempo in cui il diritto del lavoro nacque sul finire dell'Ottocento e tornò a nascere nell'ultimo dopoguerra[841]. Tant'è che il diritto del lavoro dovette sciogliersi dalla stretta del diritto pubblico per poter trovare la sua identità in quello privato, con riguardo al suo nocciolo duro, costituito dal contratto e dal rapporto.

Nel suo significato originario, rimasto classico, il diritto privato riguarda i rapporti fra individui, disciplinati nel codice civile, sì da dar luogo ad un uso interscambiabile fra diritto privato e civile. E se è vero che nel corso dell'ultimo scorcio del secolo precedente, il diritto del contratto, della proprietà, dell'impresa, della responsabilità civile pare aver ammorbidito il suo significato originario (di regolamento dei rapporti interprivati) a favore di uno tecnico (di strumento spendibile nei rapporti fra soggetti privati, quanto fra soggetti pubblici e fra soggetti pubblici e privati)[842]; è pur vero che questo è avvenuto riducendo gli stessi soggetti pubblici allo stato laicale di *partners* di relazioni paritarie.

Il diritto privato è padre di innumerevoli figli, tutti ospitati nel codice civile del 1942, se pur destinati a seguire percorsi diversi, con la decodificazione e la moltiplicazione dei sotto-sistemi; fra questi, il più ribelle è stato fin dall'inizio, il diritto del lavoro, non per nulla esiliato fuori da quel libro IV contenente il diritto "comune" delle obbligazioni e delle loro fonti. Non sorprende, dunque, che proprio il rapporto fra diritto privato e del lavoro abbia costituito il costante sotto-fondo del dibattito dottrinale del secondo dopo-guerra, con a punto centrale la stessa nozione fondante, la subordinazione: a seconda della nozione prescelta, tecnico-funzionale o socio-economica, cambierà l'atteggiamento nei confronti del diritto privato, con un bipolarismo dotato di una forte *vis attractiva*: di ricerca delle proprie radici *nel* e di fuga *dal* diritto civile.

Una fuga, a dire il vero, che acceleratasi dagli anni '60 in poi, con la crescita tumultuosa della legislazione giuslavoristica, ha avuto motivazioni diverse, spesso concorrenti, ma comunque distinguibili: se a far la voce più grossa è stato chi considerava – secondo una scelta prevalentemente ideologica – il diritto privato un diritto borghese, ontologicamente classista, tale da dover esser visto in irriducibile conflitto con un testo costituzionale, letto come una "rivoluzione" scritta, ma non compiuta dell'organizzazione capitalista della società[843]; certo non è mancato – secondo una opzione prevalentemente tecnica - chi riteneva il diritto ormai maturo per rivendicare orgogliosamente una propria identità autonoma ed autosufficiente, fino a darvi corpo con una ricostruzione originale e suggestiva[844].

Rispettando l'insegnamento del principe dei sociologi, Max Weber, che impone all'intellettuale di professione di dichiarare in anticipo la propria posizione di fondo[845], reputo la scelta "ideologica"

---

841 S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, p. 696 ss.

842 F. GALGANO, *Diritto privato*, X ed., Padova, 1999, p. 15 ss.

843 Cfr. U. ROMAGNOLI, sub *art. 3,* in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, *passim*, e in *Lavoratori e sindacati fra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974; *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta,* Bologna, 1995.

844 M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

845 M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi*, Torino, 1980.

figlia di una stagione ormai conclusa, per la profonda trasformazione economica, sociale, culturale avvenuta nel mondo e nel nostro Paese, con una ricaduta sullo stesso sistema delle fonti, ormai caratterizzato dal prevalere (a livello dell'interscambio internazionale) della *lex mercatoria*[846] e (a livello dell'ordinamento giuridico interno) della "legge" comunitaria, *hard* e *soft*, certo arricchita da una apertura sociale un tempo ignota, ma pur sempre basata sui valori tipici di una società occidentale[847]. Mentre ritengo l'opzione "tecnica" priva di una sua significativa capacità esplicativa e di una sua effettiva influenza sulla disciplina applicabile.

Il che non equivale a disconoscere al diritto del lavoro un suo *status* privilegiato nel testo costituzionale e peculiare nell'ordinamento civile[848]; né ad escludere la possibilità di un dialogo paritario con il diritto civile e di un influsso di ritorno esercitato non solo sul diritto privato, ma anche su quello processuale ed amministrativo[849]. *Ça va sans dire*, ma significa accettare un rapporto di stretta parentela con un diritto privato, che risulta ben più articolato, ricco e stimolante di come qualche studioso continua a rappresentarlo, per poterlo tener confinato nel passato remoto del diritto del lavoro. Dirò di più, se il diritto del lavoro aspira ad uscire dallo stato di figlio di un Dio minore, deve attenuare il suo accentuato strabismo di un diritto contro, risolto e dissolto in un mero ampliamento e rafforzamento di uno statuto difensivo *a posteriori*, che, a guisa della tela di Penelope, quanto più il legislatore intreccia, tanto più il mercato disfa; deve farlo, con un approccio meno ideologico e più pragmatico, che, da un lato, ricerchi un gioco a somma positiva fra datore di lavoro e lavoratore[850] e dall'altro eviti una deriva tutta individualista-giudiziaria, a redditività decrescente.

Pagato il mio debito all'insegnamento weberiano, devo aggiungere che ad essere divenuto centrale è il problema del metodo, quale dato dal suo progressivo decadimento, fino a dar luogo ad un vero e proprio congiunturalismo ermeneutico. Il che dipende non poco dello stesso diritto del lavoro, che è venuto perdendo il suo volto classico a seguito di un processo composito nello svolgimento, ma convergente nel risultato: moltiplicazione scoordinata delle fonti; decodificazione;

---

[846] F. GALGANO, *Lex mercatoria,* Il Mulino, 2001.

[847] Ne è una riprova la tensione fra il principio comunitario di libera concorrenza e la tutela giuslavoristica, che trova a tutt'oggi la nostra dottrina schierata a difesa di quest'ultima con una posizione critica nei confronti della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia: v. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza con alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. merc. lav*., 2000, p. 590 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *Arg. Dir. Lav*., 2003, p. 137 ss.; S. NADALET, *Diritto dle lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di "globalizzazione"*, in *Lav. Dir*., 2002, p. 99 ss.; U. CARABELLI – V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di* favor *e di* non regresso *nelle direttive sociali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 35/2005; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fornte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 49/2006.

[848] Il tema della "specialità" del diritto del lavoro ha interessato tutta la prima dottrina: F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 3 ss; G. MAZZONI, *Certezza del diritto e autonomia privata nell'odierno diritto del lavoro*, in *Dir. ec.*, 1956, p. 1223 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 83 ss.; A. CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav*., 1967, I, p. 24 ss. V. anche S. SIMITIS, *Diritto privato e diseguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2001, 80, p. 47 ss.

[849] Per un dialogo tra diritto civile e diritto del lavoro v. G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Torino, 1994; e per l'influsso esercitato dal diritto del lavoro v. L. MENGONI L. - A. PROTO PISANI - A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, sul diritto processuale civile e sul diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1990, p. 1 ss.

[850] M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav*., 1995, p. 1 ss.

produzione alluvionale, congiunturale e asistematica della normativa; povertà della tecnica legislativa; lentezza ed incertezza dell'applicazione giudiziale[851]. Non poco, ma non tutto, perché l'interprete è apparso un po' stravolto ed un po' compartecipe del *caos*, con all'estremo, chi si è rifugiato in un nichilismo giuridico e chi si è spinto ad un creazionismo personalizzato: il diritto è morto; il diritto è mio e ne faccio quel che voglio io.

Il tradizionale codice ermeneutico, che riconosce pur sempre un *jus conditum,* come dato esterno ed oggettivo, cui dar voce tramite il classico procedimento (letterale, logico ed analogico) discrezionale sì, ma non arbitrario, quindi controllabile, è parso fuori tempo all'orecchio di un ceto giuridico cresciuto nel *tourbillon* del secondo tratto del secolo breve. Ed è stato non di rado accantonato a favore di un approccio che tende a declassare lo *jus conditum* a dato auto-referenziale, posto al servizio di un ordine assiologico o di un progetto politico oppure costruito a rispecchio di un modello socio-economico considerato prevalente. Il che riesce evidente nell'autentico spreco di appelli ai valori, con un ricorso martellante e forzato al testo costituzionale, per saltare a piè pari l'ostacolo costituito da un intervento del Parlamento non condiviso, senza passare attraverso il sindacato del Giudice delle leggi; nel cattivo costume di etichettare *a priori* un atto legislativo, un provvedimento giudiziale, un contributo dottrinale come di destra o di sinistra, conservatore o progressista, ripiegato sul passato o proiettato verso il futuro, facendosene, poi, condizionare nel lavoro ermeneutico; nel discutibile metodo di appesantire il discorso, con un richiamo continuo di casi, numeri, percentuali, tratti da questo o quello scritto economico o sociologico, meglio se straniero, per dimostrare che il mondo rotola proprio nel senso sostenuto, sicché il diritto, come l'*intendance* di Napoleone, *suivra.*

Seppur quanto detto rivesta un valore generale, è ampiamente riscontrabile nel particolare campo coltivato dal sottoscritto in più di un quarantennio; ed in questo mi è compagno di strada un personaggio lucido e rigoroso come Massimo D'Antona, cui deve esser riconosciuto il pregio, ormai raro, di aver saputo tenere sotto rigido controllo il suo impegno politico ogniqualvolta sedeva al tavolo dello studioso[852].

Il metodo non si predica, ma si pratica. L'aver scelto un approccio panoramico, per di più non sincronico, ma diacronico, tutto teso ad individuare senso e ritmo del movimento, produce un tipico effetto distorsivo sul discorso, che ne esce semplificato ed appiattito, sì da ignorare o banalizzare il dibattito giurisprudenziale e dottrinale su questo o quello aspetto, senza dubbio di grande rilievo ed interesse. Ma questo è un effetto conseguente inevitabile, criticabile non nell'*an* ma nel *quantum,* con il giudizio ultimo rimesso al lettore, quale membro di un'ideale comunità scientifica.

---

[851] V. Giornate di studio Aidlass (Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, con relazioni di P. Rescigno, A. Barbera, M. Dell'Olio, G. Verde, Giuffrè, Milano, 2002.

[852] Cfr. M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 207 ss. Questo saggio ha dato il la ad un vivace confronto fra U. Romagnoli e M. Persiani, che dopo aver contribuito agli *Scritti in memoria di Massimo D'Antona,* Milano, 2004 (l'uno, con *Il dopo-statuto: un testimone e un interlocutore*, vol. I, parte I, tomo II; l'altro con *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico,* vol. I, parte I, tomo primo), si sono confrontati con due scritti successivi: allo stile sanguigno di U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2003, p. 829 ss., ha fatto eco quello pungente di M. PERSIANI, *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro,* in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 917 ss.

L'impegno professato – il che non vuol dire sempre rispettato – è di rimanere a ridosso del diritto, quale risultante dal flusso legislativo, dottrinale, giurisprudenziale. Il che, in estrema sintesi, significa concentrare l'attenzione sulla "realtà giuridica", senza cercare di curvarla in ragione di una sua vera o presunta corrispondenza *alla* o influenza *sulla* "realtà effettuale". Non bisogna mai dimenticare che il diritto resta "prescrittivo" nel fine, se pur non sempre nel mezzo prescelto; e che il suo essere o meno "effettivo" non è utilizzabile a mo' di *feedback,* per confermarlo o modificarlo.

Un decennio fa, ebbi occasione di scrivere il saggio introduttivo di un commentario, intitolandolo "Un diritto del lavoro classico alla vigilia del terzo millennio"[853]. Oggi, oltrepassata quella fatidica soglia, credo che non aggiornerei il titolo, anche a rischio di trovarlo meno calzante; e non lo farei nonostante il grande clamore che si è fatto e si fa intorno alla legislazione varata nella scorsa legislatura, imputata non confessa di aver alimentato il fenomeno del "precariato"[854]. A prescindere dal significato omnivoro ormai assunto dal termine, tale da essere divenuto contenitore di tutto quello che non è rapporto a tempo indeterminato e pieno, vien da osservare come la flessibilizzazione dell'accesso al posto di lavoro deve essere confrontata con la stabilizzazione acquisita nel periodo immediatamente successivo (1 o 2 anni): un incremento della percentuale del precariato nel flusso d'ingresso non è di per sè incompatibile con il mantenimento della percentuale precedente nello *stock*; e come, comunque, l'eventuale ricaduta positiva in termini di crescita dell'occupazione debba essere tenuta in debito conto[855].

Quel che è certo, però, è che il nostro diritto del lavoro è venuto via via a perdere il carattere di diritto nazionale, ma soprattutto di diritto costruito su norme inderogabili; dando spazio ad un *mixage* di fonti, strumenti amministrativi e partecipati, divieti, incentivi, sconti, sanzioni, per contenere se non gestire fenomeni esogeni quali quelli dati dall'avvento del "villaggio globale"[856], dall'allargamento dell'UE, dall'incontenibile flusso immigratorio; oppure da fenomeni al tempo stesso esogeni ed endogeni quale quello costituito dal lavoro sommerso[857].

---

[853] *Un diritto del lavoro "classico" alla vigilia del terzo millennio,* in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale,* in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 1998, LXXIX.

[854] È un'accusa presente in molti dei commentari dedicati al d.lgs. n. 276/2003, che trova la sua espressione più forte in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004. Certo è che il tema del lavoro flessibile e del precariato ha richiamato una grande attenzione della dottrina lavoristica: M. RUSCIANO - C. ZOLI - L. ZOPPOLI - F. CORSO, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006; AA.VV., *Percorsi di rientro dalla precarietà*, in *Riv. giur. lav.* 2006, 4.

[855] La drammatizzazione del problema non sembra essere confortata dai dati Istat: v., al riguardo, i contributi sul punto in *www.lavoce.info*. Da ultimo, v. il confronto *E' in atto una fuga dal lavoro subordinato?*, tra S. BOLOGNA ed E. REYNERI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 543 ss.

[856] G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo diritto*, Bari, 2001; M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; ID., *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005. In particolare da un punto di vista giuslavorista, v. T. TREU, *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 198 ss.; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999; P. GRECO, *Mercato globale e tutela del lavoro*, Salerno, 2000; B. CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti nazionali*, Milano, 2001, p. 307 ss. Da ultimo, G. PERONE, *Liberalizzazione del commercio e diritto del lavoro: riflessioni su una relazione in tema*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 114. ss.; v. anche, se pur risalente, AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali,* in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 1998, 20, p. 9 ss.

[857] Al riguardo, v. le relazioni di D. Garofalo, E. Gragnoli, A. Viscomi al convegno di Udine, 11 maggio 2007, *Le politiche per il lavoro tra globale e locale,* di prossima pubblicazione in *Il lavoro nella giurisprudenza*.

A dirla in breve, il diritto "classico" del lavoro diviene una parte del tutto quale costituito da una politica finalizzata all'incremento dei tassi di attività e di occupazione; e così risente inevitabilmente dei contraccolpi e dei compromessi di volta in volta ritenuti necessari. Di questo il giurista deve essere consapevole, ma solo per cogliere nel dato positivo i sintomi del processo in atto, che per ora lambisce, ma non rimette in discussione il nostro diritto del lavoro[858].

2. All'indomani del 31 dicembre 1947: i giuslavoristi di fronte al codice civile del 1942 ed al nuovo testo costituzionale.

A dire il vero, all'indomani del 31 dicembre 1947, c'era solo un cattedratico giuslavorista di freschissima nomina: la prima cattedra di diritto del lavoro fu attivata a Roma nel 1946 e coperta da Francesco Santoro Passarelli. Come era stato un civilista, Ludovico Barassi, a far "nascere" il diritto del lavoro all'inizio del '900, distinguendolo nettamente della prima legislazione sociale; sarà un civilista a farlo "rinascere", a cavallo fra il decennio '40 e '50, sottraendolo ad una dominante lettura pubblicistica dell'art. 39, comma secondo e ss., Cost. Un ritorno storico significativo, perché, pagato il dovuto tributo di rispetto al loro ruolo di protagonisti, certo tutto questo non sarebbe stato possibile senza l'esistenza di un rapporto di consanguineità fra diritto civile e diritto del lavoro. Parlo di diritto e non di codice civile, perché Barassi doveva far "rientrare" il contratto di lavoro nelle categorie del codice del 1865[859]; e, al contrario, Santoro Passarelli doveva "liberare" il diritto del lavoro dalle superfetazioni corporative del codice del 1942[860].

Se, però, "all'indomani" lo si intende non in senso letterale – del giorno dopo – ma metaforico – del tempo successivo – allora ogni giuslavorista è stato costretto a ripartire da quel duplice testo: ieri come oggi, sia pur scontando quel trascorrere degli anni che è venuto a ristabilire una corretta gerarchia fra codice civile e testo costituzionale e a destoricizzare l'uno e l'altro. Niente da eccepire, perché questo è il compito classico dello studioso di diritto, di "aggiornare" il sistema al

---

858 All'inizio del percorso, credo doveroso segnalare le seguenti voci dedicate al tema: S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale),* in *Enc. dir.,* 1973, XXIII, p. 369; M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro,* in *Enc. dir.,* 1987, XXXVIII, p. 313; G. GIUGNI, *Contratti collettivi di lavoro,* in *Enc. giur. Treccani,* 1988, III; M. DELL'OLIO, voce *Sindacato (diritto vigente),* in *Enc. dir.,* 1990, XLII, p. 668; T. TREU, voce *Diritto del lavoro*, in *Dig. disc. priv.,* 2000, p. 490 ss.; nonchè alcuni contributi che hanno cercato di offrire un quadro del nostro diritto, facendo di volta in volta un bilancio dei punti di passaggio chiave: R. DE LUCA TAMAJO, *"Garantismo" e "controllo sindacale" negli sviluppi recenti della legislazione del lavoro,* in *Riv. giur. lav.,* 1978, p. 653 ss.; G. GIUGNI, relazione al Congresso Aidlass (Bari, 23-25 aprile 1982), *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Milano, 1983, p.3 ss.; U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra disincanto e riforme senza progetto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p.11 ss.; F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*. Relazione al VIII Congresso Nazionale dell'Aidlass (Napoli 12-14 aprile 1985); G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1986, p. 317 ss.; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv. giur. lav*., 1998, I, p. 311 ss.; F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza: Parlamento e concertazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, p. 35 ss.; F. CARINCI, *Un diritto del lavoro "classico" alla vigilia del terzo millennio*, cit.; interventi di G. Giugni, M. Persiani, U. Romagnoli, T. Treu, in Congresso Aidlass, (Ferrara, 11-13 maggio 2000) *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*: *atti delle giornate di studi di diritto del lavoro.* Milano, 2002; T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2002; B. VENEZIANI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro in Italia*, in *Scritti in onore di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003 p. 901 ss.
Per una ricostruzione storica dell'evoluzione sindacale v. U. ROMAGNOLI - T. TREU, *I sindacati in Italia dal '45 ad oggi: storia di una strategia*, Bologna, 1981,

859 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901 e ID, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1915, vol. 1, e 1917, vol. 2. Dopo un periodo di bando ideologico Ludovico Barassi è stato pienamente riabilitato, come "padre" della materia, con a segno tangibile il convegno promosso dall'Università Cattolica del Sacro Cuore del 27-28 aprile 2001: M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze,* Milano, 2003.

860 Il pensiero di F. SANTORO PASSARELLI è già compiuto nelle *Nozioni di diritto del lavoro,* V ed., Napoli, 1951.

flusso costante della produzione giuridica, abbandonando via via l'*intentio legis* nelle mani dello storico e conservando nelle sue una *ratio legis* continuamente saggiata ed elaborata. Ma un tal tipo di approccio ha finito per restituirci più di un volto "deformato" del codice, di volta in volta reso funzionale ad un certo discorso interpretativo, sì da render difficile ricostruirne uno "originario", largamente accettato.

3. Il codice civile del 1942: "pregiudizio" e "orgoglio".

Sono debitore dell'intestazione di questo paragrafo ad un saggio di Luigi Montuschi del 1993, dedicato al dibattito del decennio '80[861], che ho trovato non solo condivisibile, ma tale da poterne riadattare il titolo al codice del 1942: l'orgoglio riguarda il codice ed il pregiudizio tutto un certo orientamento dottrinale.

Riprendere in mano il codice del 1942 è difficile, ma non impossibile, se si parte da quel che è largamente condiviso, esser, cioè, figlio di un processo pluridecennale, con radici nel codice del 1865 e debiti nei confronti di più di un modello d'oltralpe. Dunque, partorito sì sotto il regime, ma non influenzato più di tanto da questo, ormai *in limine mortis*, per un *mixage* di ragioni diversamente enfatizzate da autore ad autore. C'è chi ha chiamato in causa il carattere stesso del fascismo, prevalentemente politico ("controrivoluzione preventiva"), tale da non poter o voler alterare le regole base di una società capitalista; e chi ha enfatizzato il ruolo giocato dal gruppo di giuristi incaricati di stenderne il testo, cresciuti nel rispetto della tradizione e nell'uso rigoroso della tecnica civilistica[862].

Se questo è vero in generale, lo è meno per il diritto del lavoro, dove non solo l'*imprinting* del regime è ben percepibile, nel suo essere corporativo; ma, croce e delizia del giuslavorista, al di là dell'evidente caduco, non è affatto facile districare quanto conservabile come essenziale e quanto scartabile come contingente del lascito codicistico. A guardarlo con l'occhio del giuslavorista il codice interessa per tre novità, che sono, poi, quelle privilegiate anche dal civilista: il sistema delle fonti, la riunificazione fra codice civile e codice commerciale; la tipizzazione del rapporto di lavoro.

Queste tre novità hanno subito una curvatura "corporativa", con una ricaduta sulla intera disciplina lavoristica. Il che è plateale per il sistema delle fonti, certo ispirato allo statalismo prevalente nel primo novecento, ma adattato a misura di uno Stato, che avrebbe voluto declinarsi tutto all'insegna di un corporativismo rigidamente autoritario ed interclassista, con un *continuum* dispiegatosi dalla legge del 1926 a quella del 1939, sull'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni. L'art. 1, co. 1 disp. prel. c.c. pone in debito ordine leggi, regolamenti, norme corporative, usi, ed il libro V, tit. I, regola le ordinanze corporative e gli accordi economici collettivi (Capo I) ed il contratto collettivo di lavoro e le norme equiparate (Capo II); mentre il testo della Carta del lavoro, emanata nel 1927, è stato sì mantenuto fuori dal codice, ma a costo di tradurlo in legge nel 1941.

Lo stesso fenomeno è percepibile anche per la riunificazione dei codici, che ha trovato il suo duplice snodo nei libri IV e V, con una prevalenza del lascito commerciale rispetto a quello civile. E

---

861 L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 21 e ss.

862 Per una sintetica presentazione del codice del 1942 v. R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, p. 240 ss.; e per una ricostruzione della sua formazione ed articolazione v. P. RESCIGNO, *La codificazione post unitaria del diritto privato italiano*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, p. 6 e ss.

proprio nel libro V, l'imprenditore, assunto a protagonista, risulta collocato nel sistema corporativo, nel suo duplice ruolo di esercente "professionalmente un'attività economica organizzata" (art. 2082: significato soggettivo dell'impresa, come attività organizzativa) e di capo dell'impresa (art. 2086: significato oggettivo dell'impresa, come attività organizzata): nel suo primo ruolo, è inserito in un'economia disegnata come dirigistica, coerentemente alla sua proiezione autarchica, ai sensi degli artt. 2084 ("Condizioni per l'esercizio dell'impresa"), 2085 ("Indirizzo della produzione"), 2088 ("Responsabilità dell'imprenditore") e 2089-2092, relativi al sistema sanzionatorio; nel suo secondo ruolo è legittimato in forza del *fuhrer-prinzip*, peraltro innestato su un modello istituzionale di diverso ascendente e respiro.

E venendo all'ultima novità, certo era inevitabile che il nuovo codice regolamentasse il "lavoro", a compimento di un lungo processo, iniziato dalla giurisprudenza probivirale; proseguito dalla legge sull'impiego privato, maturata fra il 1919 ed il 1924; perfezionato dalla contrattazione collettiva corporativa degli anni '30. Ed è possibile individuare proprio nel "dove" e nel "come" di questa tipizzazione l'influenza del clima dell'epoca; e questo fin dal titolo del libro V, "Del lavoro".

Non v'è dubbio che tale titolo intendesse avere un preciso significato ideologico, ben reso dall'art. 2060 c.c., cioè quello di ritrovare il valore "lavoro" sia nell'imprenditore sia nel lavoratore subordinato, non per nulla tipizzati entrambi, negli artt. 2082 e 2094 c.c., come soggetti "attivi" (colti come organizzatore e, rispettivamente, come prestatore) e "generalizzati" (ricomprensivi dell'imprenditore grande e piccolo e, rispettivamente, del dirigente, dell'impiegato e dell'operaio). Lo stesso vale per il titolo della sez. II – "Collaboratori dell'imprenditore – aperto da quello stesso art. 2094, che parla non di contratto, ma di rapporto, individuandone l'oggetto in un'obbligazione di "collaborare nell'impresa": un rapporto che appare radicato nell'impresa, nel suo significato oggettivo di attività organizzata, come fanno intravedere, dal lato "passivo", la definizione della diligenza richiesta al lavoratore (art. 2104); e, dal lato "attivo", l'articolazione di quelli che verranno suggestivamente battezzati come i poteri direttivo e disciplinare (artt. 2103, 2106, 2109).

Tutto questo, però, non deve essere sopravvalutato, come in effetti non lo è stato. Se il libro V del codice avesse conservato il suo titolo precedente, cioè "Impresa e lavoro" – che, peraltro, riecheggia nella rubrica del suo tit. II, "Del lavoro nell'impresa" – non sarebbe cambiato niente; solo sarebbe emerso fin dal titolo, il suo profilo strategico, costituito dall'aver connesso fra loro, con una sorta di cordone ombelicale, l'imprenditore ed il lavoratore subordinato, fatto del tutto scontato di qualsiasi sviluppo del mondo occidentale, nel corso dell'ultimo secolo.

E che, dopotutto, il codice pensasse ad un contratto, ce lo conferma l'art. 2126[863]; e la stessa definizione dell'art. 2094, a riguardarla alla luce della intera storia pregressa, appare sì all'insegna di un'ormai collaudata e recepita etichetta, quale quella di "subordinazione", ma figlia di una stratificazione alluvionale alquanto risalente: l'obbligazione "a collaborare nell'impresa", recupera il contributo dato da Vittorio Orlando alla legge sull'impiego privato *statu nascenti*, poi recepito nella versione definitiva del 1924; e la prestazione, quanto all'"oggetto" – "lavoro

[863] V. M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto nel lavoro subordinato*, Padova, 1970. Ma a riconferma della sua tesi, per cui gli artt. 2094 e 2096 rifuggerebbero dalla forma contrattuale, v. R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato,* in *Riv. it. dir. lav*., 2001, I, p. 95 ss.

intellettuale e manuale" – enfatizza la riunificazione del lavoro impiegatizio e operaio, mentre quanto al "modo" – "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore", recupera un'evoluzione che va dalla legislazione sociale alla elaborazione barassiana, così come ripresa ed aggiornata nell'opera di P. Greco[864] e coniuga una doppia nozione, quella sottesa alla legislazione sociale di fine '800 ("alle dipendenze") e quella della prima elaborazione di Ludovico Barassi, all'inizio del '900 ("sotto la direzione")[865].

D'altronde il radicamento nell'impresa è indubbio, ma non esclusivo, come confermato dagli artt. 2128, 2129, 2238, co. 2, 2239, ma con differenza rilevante: mentre gli artt. 2128 (lavoro a domicilio) e 2239 (rapporti di lavoro non inerenti all'esercizio di un'impresa) rinviano alle disposizioni della sez. II e, rispettivamente, delle sezz. II, III e IV del capo I, del tit. II, "in quanto compatibili con la specialità del rapporto"; invece, gli artt. 2129 (contratto di lavoro per i dipendenti degli enti pubblici) e 2238 (rinvio nel caso di esercizio di professioni intellettuali) fanno un richiamo secco alle norme della sez. II ("salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge") e, rispettivamente, delle sezz. II, III, IV del capo I, del tit. II ("in ogni caso, se l'esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari"). E, in particolare, questi due ultimi casi, di un richiamo secco, testimoniano della consapevolezza da parte del codificatore della piena spendibilità della disciplina lavoristica anche al di fuori dell'impresa [866].

E non è possibile dedurre dal codice che a far da referente sia l'archetipo costituito dal dipendente – o addirittura dall'operaio – della medio-grande industria a tempo indeterminato. Ma il codice, come detto, "generalizza" sia la figura dell'imprenditore che quella del lavoratore, in debita sequenza: tant'è che, prima, distingue fra imprenditore e piccolo imprenditore (artt. 2082 e 2083), e, solo in seguito, introduce, come collaboratore dell'imprenditore, il lavoratore subordinato; e non conosce quel limite costituito dal numero di dipendenti quale soglia di accesso ad un certo trattamento, ignorato anche dalla legge sull'impiego privato e, a quanto mi risulta, dalla contrattazione corporativa; ma destinato ad acquisire diritto di cittadinanza con la l. n. 604/1966 e, poi, con la l. n. 300/1970[867]. Mentre non è il codice, ma la l. n. 230/1962 ad enfatizzare il carattere di modello assolutamente privilegiato del contratto a tempo indeterminato, col condannare il termine ad un elemento eccezionale, ancorato ad un elenco tassativo, con a sanzione la conversione.

Il vero è che ha fatto scuola una lettura – prima – della legge sull'impiego privato e – poi – del codice, che sopravvaluta lo sviluppo del capitalismo italiano degli anni in cui quei testi videro la luce; ed, al tempo stesso, sottovaluta, quanto alla prima, la lunga gestazione, a partire da Turati e Orlando; e, quanto al secondo, il carattere "social-popolare" del fascismo. E, in tal modo, finisce

---

[864] P. GRECO, *Il contratto di lavoro,* Torino, 1939; M. NAPOLI - T. TREU, *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi Mengoni,* in *Lav. dir.*, 1995, 589. Ma in senso diverso E. GHERA, *Lodovico Barassi e Paolo Greco*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. ecc.,* cit., p. 240 ss.

[865] L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro,* Milano, 1971; A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.,* 1983, I, p. 77 ss.

[866] In questo senso v. M. NAPOLI, *Contratti e rapporto di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni,* Milano, vol. II, 1995, p. 1057 ss.

[867] Il limite dimensionale emerge contestualmente al *plus* di tutela accordata con riguardo alla disciplina del licenziamento e alla promozione del sindacato maggiormente rappresentativo.

per interpretarli come risposta in chiave classista: la legge sull'impiego privato, quale consapevole iniziativa per rafforzare la divisione fra impiegati ed operai; il codice civile, quale calcolata misura per promuovere l'integrazione dei lavoratori subordinati al servizio degli interessi imprenditoriali[868].

E non deve essere dimenticato che la collocazione del "prestatore di lavoro subordinato" al di fuori del libro IV, trova fondamento in un dato sistematico, quale costituito dalla sua stessa regolamentazione, affidata sì al codice, ma anche a fonti come quelle corporative, estranee ai contratti disciplinati in quel libro. Non solo, perché la disciplina codicistica introduce significative varianti, che costituiscono altrettante eccezioni al "diritto comune", quali quelle relative all'art. 2103, che prevede un potere unilaterale di modifica dell'oggetto dell'obbligazione del lavoratore; all'art. 2106, che introduce un potere disciplinare senza riscontro nel sistema delle "pene private"; agli artt. 2110 e 2111, che configurano sospensioni derogatorie rispetto alle norme in materia di impossibilità sopravvenuta; agli artt. 2118 e 2119, che sostituiscono le disposizioni sulla risoluzione dei contratti. Ma tutto questo non vuol dire affatto che si è fuori dal diritto civile, ma che si è dentro – se diritto civile è quello di cui al codice – ma in modo peculiare, quale risultante non da libro IV, ma dal libro V: dato, questo, non sempre tenuto presente da un certo indirizzo dottrinario, portato a parlare negli anni successivi di una "fuga dal codice civile".

Bon grè, mal grè, il corso del tempo avrebbe reso giustizia al codice del '42: battezzato *dal,* ma non figlio legittimo *del* regime. Non è solo per la persistente vitalità dell'art. 2094 c.c., ma per la stessa disciplina debitamente "recuperata" e "riadattata", che sintetizza le "proprietà" non transeunti del diritto del lavoro: indisponibilità del tipo; inderogabilità della disciplina protettiva legislativa e contrattuale, con sostituzione automatica[869]; giustificazione dell'esercizio di poteri datoriali; inesigibilità della prestazione in presenza di cause giustificative riguardanti la persona del lavoratore; indisponibilità relativa dei diritti del lavoratore (art. 2113). È vero che tutto questo era inserito in una cornice d'epoca, ma se si pensa che l'articolo più connotato, quel 2086, che sembra consacrare il *fuhrerprinzip* – secondo una relazione fra protezione e fedeltà riecheggiata dalla rubrica ipertrofica dell'art. 2105 – fa da premessa e giustificazione all'art. 2087, norma chiave di apertura a tutta una progressiva dilatazione della responsabilità datoriale ancora *in progress*; se si considera questo, c'è da rivalutare, col senno di poi, la tenuta della disciplina codicistica.

---

[868] Cfr., con riguardo al diritto del lavoro delle origini e alla legge sull'impiego privato, U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto disc. priv., Sez. com.*, vol. V, 1989, p. 477 e ss., e *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 189 e ss.; e rispetto al codice del 1942, G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, di cui si può citare il passo a p. 11 «Come dire, allora, che il diritto del lavoro corporativo resta quello che era in origine, un pezzo del diritto di impresa, sia pure corporativa – come è opportuno precisare – diventa un sottoregno del diritto privato "commercializzato", intendendo per tale un sistema normativo diretto a realizzare gli interessi della borghesia imprenditrice». In senso più aderente all'effettivo dato storico, v. L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994; e F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico, impiego privato,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1974, p. 1133 ss.
Il giudizio circa il carattere inevitabilmente classista di un diritto del lavoro rimasto nell'ambito del diritto privato costituisce il *leit motive* di tutta una corrente dottrinale: vedine una versione oggi del tutto anacronistica in G. LYON-CAEN, *I fondamenti storici e razionali del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, p. 73 ss.; ID., *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail,* in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1974, p. 229 ss.

[869] Sulla derogabilità come caratteristica identitaria del diritto del lavoro, così come storicamente sviluppatosi cfr. G. VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico sindacale,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1979, p. 537 ss.; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro - Un profilo storico,* in *Riv. giur. lav.,* 2006, I, 229 ss.

E ne sarà testimonianza la sua facile ripulitura dalle scorie d'epoca, effettuata dalla legislazione abrogativa dell'ordinamento corporativo e dalla dottrina *post* bellica. Ma, con un duplice lascito: *costituito, il primo,* dal collegamento, elettivo se pur non esclusivo, con l'impresa, nel suo duplice, aspetto, soggettivo ed oggettivo, riflesso in quella definizione della subordinazione *ex* art. 2094, destinata ad incentivare il continuo pendolarismo dottrinale fra contratto e rapporto*; rappresentato, il secondo*, dal ruolo di spartiacque assunto da quella stessa definizione fra lavoro subordinato, "sottratto", e lavoro autonomo, "lasciato" al libero mercato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2222, destinato, a sua volta, ad alimentare la ricorrente tentazione dottrinale, giurisprudenziale e legislativa, a riempire la sempre più larga zona grigia fra l'uno e l'altro.

Questo non vuol dire affatto che il codice sia restato il testo di riferimento prevalente del diritto del lavoro, che se c'è una materia interessata dalla decodificazione, con il proliferare di una legislazione *extra*-codicistica letteralmente sconfinata, questa è proprio la nostra, come ben testimonia qualsiasi raccolta privata delle leggi[870]. La stessa unità della materia ne è rimasta interessata, sì da permettere l'individuazione di sotto-sistemi, che, secondo una prassi divenuta comune, tendono a trovare ospitalità in testi unici od in codici, peraltro prevalentemente compilativi, come il testo unico sul pubblico impiego privatizzato ed il codice sulle pari opportunità.

4. La Costituzione del 1948: il "pluralismo istituzionalizzato".

Se è difficile restituire il volto "originario" del diritto del lavoro "codicistico", è quasi impossibile farlo per la Carta del 1948, testo che non chiude un periodo consegnato al passato, ma ne apre un altro proiettato verso il futuro, con un "preambolo" tipico delle costituzioni "lunghe" varate nel secondo dopoguerra, ricco di ben 54 articoli fra Principi fondamentali e Parte I, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini. Un preambolo sempre più valorizzato dalla dottrina, dalla giurisprudenza costituzionale ma anche ordinaria, dalla legislazione, fino a restituirci un diritto del lavoro "costituzionalizzato", che si vorrebbe già presente in un *corpus* costituzionale a contenuto largamente assiologico, come tale dotato fin dall'inizio di un forte potenziale espansivo.

Dove, però, il recupero del disegno originale riesce possibile, è con riguardo al fenomeno sindacale, quale offerto dagli artt. 39, 40, 43, 46 e 99 cost., proprio perché rimasto congelato nel testo costituzionale, così da dar luogo ad un ben diverso sviluppo, accompagnato benevolmente dallo stesso Giudice delle leggi[871]. Nel manuale a più mani, cui io stesso contribuisco[872], tale disegno è stato battezzato come di "pluralismo istituzionalizzato", cioè come un tentativo di canalizzare e razionalizzare la libertà di organizzazione e di sciopero nell'ambito di una sequenza di istituti e di limiti, tutti affidati al futuro legislatore. Questo riesce evidente negli artt. 39 e 40, che partivano da un riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di sciopero, ma lo collocavano nell'ambito di un contestuale regolamento legislativo, visto e considerato come un compito da assolvere all'indomani stesso del varo del testo costituzionale. E, riprendendo un vecchio filone interpretativo – considerato "pericoloso" nel periodo in cui c'era il rischio di una "legge sindacale", ma oggi

---

870 Con riguardo al fenomeno della decodificazione v. in generale, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (I ed.) e 1986 (II ed.); ID., *Leggi speciali (dal monosistema al polisistema)*, in *Dizionario del diritto privato*, Milano, p. 535 ss.; ed in particolare G. FERRARO, *Prospettive di revisione del libro V del codice civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 1 ss., R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile ed il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 245 ss.

871 Vedine una completa ricostruzione in M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari, 1999.

872 F. CARINCI- R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI -T. TREU, *Il diritto sindacale,* Torino, 2006, V ed., p. 6.

recuperabile in "chiave storica" – è ravvisabile nel testo sia un collegamento fra il co. 1 e i co. 2 ss. dell'art. 39, tale da far prefigurare una convivenza fra un possibile (ma al tempo non esistente e forse non auspicato) pluralismo sindacale ed un monismo contrattuale, essenziale per l'effetto *erga omnes*; sia un rapporto fra lo stesso art. 39 e l'art. 40, tale da poter influenzare la ricostruzione del diritto di sciopero con riguardo alla sua titolarità (valorizzazione del ruolo del sindacato) ed alla sua finalità (valorizzazione dello scopo contrattuale).

Con l'occhio rasserenato dal trascorrere del tempo, è possibile dire che l'influsso corporativo letto nel "meccanismo" del co. 2 ss. dell'art. 39 è stato sopravvalutato; e lo è stato, anche per contrapporlo al principio di cui al co. 1, sì da renderlo interpretabile nel senso più idoneo a dar copertura costituzionale al fenomeno sindacale [873]. Certo, c'è nel regime potenzialmente pubblicistico previsto per i sindacati, con la registrazione e l'acquisizione della personalità giuridica, un chiaro eco del passato; ma la conformazione della disciplina interna ai principi della democrazia e l'esigenza di una contrattazione collettiva dotata di efficacia generalizzata erano e restano tematiche attuali[874].

Il come il costituente ha risolto il problema di un *input* plurale e di un *output* unitario, può essere criticato, ma il *medium*, costituito dalla individuazione di una rappresentanza proporzionale e di una categoria predeterminata, è stato rivalutato, da ultimo da Massimo D'Antona, nel saggio postumo [875]. Invero proprio il diritto sindacale del pubblico impiego "privatizzato" ci restituisce il modello inscindibile di una rappresentanza negoziale, partecipata dai sindacati dei lavoratori rappresentativi, che, cioè, superino una soglia del 5%, calcolata sulla media delle deleghe raccolte e dei voti ottenuti nell'elezione delle rappresentanze sindacali unitarie; e di una categoria (comparto o area dirigenziale) predeterminata da accordi quadro Aran-Confederazioni, premessa indispensabile per definire l'ambito, al tempo stesso, di verifica della rappresentatività e di applicazione di un contratto ad efficacia generale. Non senza ricadute problematiche, in termini di 'costrizione organizzativa', perché gli accordi quadro hanno privilegiato la linea organizzativa "verticale" rispetto a quella "orizzontale", come si sarebbe detto una volta, la formula "industriale" rispetto a quella "di mestiere"; nonché in termini di "moltiplicazione artificiosa" dei marchingegni legislativi ritenuti idonei a conferire efficacia generalizzata alla contrattazione, senza cadere sotto la mannaia dell'art. 39 cost. Ma *hic Rhodus, hic salta*; ed il Parlamento ha saltato, con il conforto *a posteriori* della stessa Corte costituzionale [876].

Un richiamo del passato è percepibile nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, previsto dall'art. 99 cost.: ciò non solo nella composizione in chiave di rappresentanza degli interessi, come tale estesa dagli esperti ai "rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa"; ma anche nella funzione di raccordo fra la

---

[873] G. GIUGNI, Sub *Art. 39,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione* cit., 1979.

[874] Cfr. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes",* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1963, p. 570 ss. (ora in *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, pp. 133 ss.).

[875] M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1998, p. 676 ss.

[876] Sulla "costituzionalizzazione" della riforma. v. F. CARINCI, *"Costituzionalizzazione" ed "autocorrezione" di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 35 ss.; F. LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *Arg. dir. lav.,* 1998, p. 183 ss.

rappresentanza degli interessi e la rappresentanza elettiva, posta in una posizione di assoluta preminenza. Una camera corporativa *bonsai*, ancillare rispetto al Parlamento, destinata ad essere *by*passata – ancor prima della sua costituzione – dalla relazione diretta fra Confederazioni e sistema politico, lasciando come più cospicua eredità la formula della sua composizione: astuzia o vendetta della storia, sarà proprio questa a far da referente costituzionale a quel criterio di "maggior rappresentatività", destinato a legittimare "indirettamente" il sindacalismo confederale nel suo confronto con il Governo [877].

Diverso discorso vale per gli artt. 43 e 46 cost.: il loro ascendente è da ricercarsi nel campo marxista, ed il loro testo suggerisce un coinvolgimento diretto dei lavoratori, chiamati come "comunità" a gestire, "determinate imprese o categorie di imprese" e, rispettivamente a "collaborare … alla gestione delle imprese". Ma l'inevitabile "compromesso" costituzionale fra visioni diverse, si riflette nell'addomesticamento del loro stesso potenziale antagonista, perché, l'art. 43, riguarda "comunità" di lavoratori, ma anche di utenti, con riferimento limitato a "servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio", dotati "di preminente interesse nazionale"; e l'art. 46, eco attenuata dell'esperimento post-bellico dei consigli di fabbrica, parla di un "diritto …a collaborare", confinato "nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi". Qui certo è difficile valutarli a prescindere dal senno di poi. Ma il primo appare un tributo pagato ad un programma di collettivizzazioni datato e destinato a lasciar campo a quello più "neutro" della conservazione di monopoli pubblici ereditati dal precedente regime (RAI) e della costituzione di nuovi (ENI ed ENEL); mentre il secondo avrebbe ben potuto far da battistrada alla codeterminazione, sì da conferire stabilità al sistema, proprio a partire dalla sua stessa base, ma quello dominante nel sistema sindacale italiano non era certo il clima adatto [878].

Se il progetto costituzionale di "pluralismo istituzionalizzato" sarebbe stato condannato a rimanere sulla carta, lasciando il sistema sindacale *statu nascenti* affidato all'art. 39, co. 1 e all'art. 40 cost., interpretato in chiave di immediato riconoscimento del diritto di sciopero; non così sarebbe successo per gli articoli in tema di statuto protettivo del lavoratore subordinato e per altri scritti fra i Principi fondamentali [879]. Ma sia i primi (artt. 35-38 cost.) che i secondi (artt. 2, 3, 4 cost.) non possono, ormai, essere riletti se non alla luce del molto, che nel corso di questo sessantennio di vita repubblicana la dottrina, la giurisprudenza, la legislazione hanno saputo trarne, certo

---

[877] Vedi l'attenta ricostruzione di L. VENTURA, sub *Artt. 99-100*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit. tomo I, 1994, p. 1 ss., con una conclusione di marginalità istituzionale, certo non smentita dalla vicenda successiva.

[878] Basta rileggere i commenti scritti a un quarto di secolo dal varo della Costituzione da G. GHEZZI, sub *Art. 46*, e da F. GALGANO, sub *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 1980, t. III, p. 69 ss. e, rispettivamente, tomo II, 1982, p. 1 ss.: per GHEZZI, l'art. 46 ha sostanzialmente offerto una copertura costituzionale alla contrattazione collettiva in tema di diritti di informazione; per Galgano, la Costituzione economica, delineata dall'art. 43 insieme all'art. 41, comma 3, ha avuto una traduzione limitatissima, seppur con la non tramontata speranza di una programmazione a venire. V. ora il "necrologio" pronunciato da M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 427 ss.

[879] A dire il vero, l'interesse dei "pubblicisti" per il rilievo accordato al lavoro nel testo costituzionale sarà immediato e influente nel tempo: M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, I, p. 1 ss.; C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 149 ss.; P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221. Ma poco dopo il tema sarà ripreso da un civilista e da un giuslavorista, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, e C. SMURAGLIA, *La costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958.

spremendoli al di là di quanto fosse deducibile al tempo del loro varo: il che significherebbe riscrivere qui gran parte del diritto del lavoro vigente se non li rileggessimo così [880].

5. La rinascita del diritto del lavoro all'insegna dell'autonomia dei privati.

5.1 L'autonomia collettiva.

Sarà un filosofo del diritto, Giovanni Tarello[881], a riconoscere che «Il più importante apporto della dottrina giuslavoristica, nel decennio seguente la Costituzione, resta la caratterizzazione dei rapporti sindacali come rapporti privatistici e non pubblicistici», se pur per criticarlo come funzionale ad un progetto di "astensionismo legislativo" e di "confinamento" del sindacato entro l'ambito economico-contrattuale. L'imputato eccellente è Francesco Santoro Passarelli, responsabile principale del nuovo lessico, estraneo sia al codice civile che al testo costituzionale: autonomia collettiva, interesse collettivo, conflitto di interessi collettivi, contratto collettivo di diritto comune, diritto di sciopero come diritto potestativo[882].

Il tempo ha già formulato il suo giudizio, non solo perché quello è rimasto il lessico base del nostro diritto sindacale, rivelandosi sufficientemente flessibile per adattarsi al cambiamento; ma perché, visto *a posteriori*, il ricorso al diritto "comune" si è rivelato non solo inevitabile, dato il "vuoto" conseguente all'azzeramento del sistema corporativo ed al mancato varo del sistema costituzionale; ma anche positivo per lo sviluppo di un movimento sindacale forte e genuino. Comunque, Santoro Passarelli non dava affatto per scontato che la legge attuativa dell'art. 39, co. 2 ss. non vedesse la luce, ma intendeva impedirne una scrittura pubblicista; e poteva al massimo compiacersi che, nella perdurante carenza di tale legge – dovuta a ben altro che ad una qualche influenza dottrinale – la *extra-large* veste privatistica apparisse a misura di una realtà sindacale in crescita.

Su un punto essenziale Tarello aveva ragione: il diritto "comune" di Santoro Passarelli – che non per nulla rinviava nel nome allo *Jus communis* medievale, cioè al diritto civile romano considerato fonte ultima in gran parte dell'Europa medioevale – appariva qualcosa fra un diritto di natura ed uno generale: il suo nocciolo duro era costituito dal principio cardine dell'autonomia dei privati, declinato non solo nella tradizionale dimensione individuale, ma anche e soprattutto nell'innovativa dimensione collettiva. Un *heri dicebamus*, che pare un'applicazione della tesi crociana del fascismo come "parentesi", con un *continuum* rispetto al contributo dottrinale del periodo giolittiano, di Giuseppe Messina e di Ludovico Barassi [883].

---

[880] Un ruolo determinante al riguardo è stato giocato dalla Corte costituzionale: G. M. AMBROSO - G. FALCUCCI (a cura di), *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, Roma, 1987, con saggi introduttivi di M. Dell'Olio, L. Mengoni, M. Persiani; e G. M. AMBROSO - G. FALCUCCI (a cura di), in *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, Roma, 2006, vol. IX, con saggi introduttivi di M. Dell'Olio, R. De Luca Tamajo, M. Persiani, F. Carinci. Da ultimo v. P. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione,* in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni,* Bari, 1999, p.527.

[881] G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1972, p. 57 ss.

[882] F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero,* in *Riv. it. sc. giur.,* 1949, 138; ID, *Stato e sindacato,* in *Studi in onore di Antonio Cicu,* Milano, 1951, I, p. 661 ss.; ID, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia,* cit.

[883] L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1901, cit.; G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffe,* in *Atti del Consiglio superiore del lavoro*, Roma, 1907 (ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, pp. 113 ss.).

Un diritto "comune" del fenomeno sindacale, che, come tale, non è necessariamente ancorato alla Costituzione ed è preesistente allo stesso codice civile; anche se, poi, sarà proprio nei libri I e IV c.c., che il grande civilista collocherà le espressioni tipiche dell'autonomia collettiva: il sindacato, come associazione non riconosciuta *ex* artt. 36-42; il contratto collettivo, come esercizio dell'autonomia contrattuale *ex* art. 1322, cercando di utilizzare la disciplina del mandato, a partire dalla spendita degli artt. 1723, co. 2, e 1726 c.c. a favore della sua efficacia "reale"[884].

Certo la ricostruzione privatistica evidenziava il conflitto di interessi, ma lo collocava in un processo fisiologico, che vedeva il conflitto ricomporsi nel contratto; ed il contratto trasformare lo stesso conflitto in uno sui diritti, legittimante il ricorso al giudice. Questo comportava che – non senza un riscontro letterale e sistematico nel testo costituzionale – lo strumento elettivo del conflitto, lo sciopero, dovesse rimanere nel controllo del sindacato, chiamato a concludere il contratto (se non nella titolarità, nell'esercizio); ed essere utilizzato al fine esclusivo di un contratto collettivo *ex novo* o di un rinnovo, sì da permetterne la qualificazione nei termini di un diritto potestativo[885], che avesse nel datore di lavoro coinvolto il soggetto capace di soddisfarne la rivendicazione.

Toccato il suo apice con il progetto Rubinacci del 1951, l'art. 39, co. 2 ss., cost. sarebbe andato progressivamente perdendo vigore nel corso del decennio '50, fino a trovare, nello stesso torno di tempo, gli autori del suo ultimo canto e del suo definitivo necrologio: Giuseppe Pera, nel 1960[886], cercherà di offrirne un modello aggiornato al nuovo clima, restandovi, poi, fedele fino a quell'ultimo scorcio di secolo, destinato ad assistere ad un *revival* del "trentanovismo"; e, Federico Mancini, nel 1963[887], enfatizzerà la contraddizione esistente fra la libertà di organizzazione sindacale, consacrata dal co. 1, e l'eredità corporativa, rappresentata dai successivi co. 2 ss. dell'art. 39, legittimando a pieno titolo quel co. 1 – riletto e reinterpretato a tutto campo – come il fondamento primo del nostro diritto sindacale[888].

Non per nulla quegli anni avevano visto attenuarsi di molto il duplice problema circa l'efficacia del contratto collettivo comune, che il ricorso al libro IV aveva lasciato aperto. Da un lato, quello dell'efficacia "reale" era stato affrontato da una giurisprudenza pragmatica, disposta a mantenere in vita l'art. 2077 c.c., come regola propria del *genus* contratto collettivo, a prescindere dalla

---

[884] F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune,* in *Dir. giust*., 1950. Allo stesso scopo, faranno ricorso alla teoria della dismissione dei poteri individuali, A. CESSARI, *Il* favor *verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, 157 ss., e A. CATAUDELLA*, Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sull'individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 562 ss.; e a quella della sovraordinazione del potere sindacale, R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 140 ss.

[885] F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero* cit.

[886] G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto del lavoro italiano*, Milano, 1960.

[887] G. F. MANCINI*, Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570.

[888] Il primo comma dell'art. 39 è stato il mezzo utilizzato per valorizzare al massimo la libertà sindacale, con una diversa enfatizzazione del rapporto fra individuale e collettiva: R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Milano, 1963; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972; G. GIUGNI, sub *art. 39*, cit., p. 257 ss.; M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO - G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, pp. 3 ss. P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998. Da ultimo v. la ricostruzione delle forme e dei contenuti della libertà sindacale in F. SCARPELLI, *La libertà sindacale*, in F. CARINCI (coordinato da), *Diritto del lavoro. Commentario.* Vol. I, *Il diritto sindacale*, Torino, 2007, in corso di pubblicazione.

species contratto collettivo corporativo[889]; dall'altro, quello dell'efficacia *erga omnes* era stato ridimensionato da una giurisprudenza orientata sulla costituzione, propensa a considerare immediatamente applicabile l'art. 36 cost.[890] e, temporaneamente, risolto con la legge Vigorelli del 1959[891].

E questo "alleggerimento" della problematica relativa agli effetti permetterà alla dottrina e alla giurisprudenza di continuare a costruire il contratto collettivo come tagliato e cucito a misura di un preciso modello social tipico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322, co. 2 cod. civ., con una copertura costituzionale assicurata dall'art. 39 co. 1: un contratto composto da una parte obbligatoria e normativa, quest'ultima intesa peraltro nella consolidata accezione privatistica di una disciplina applicabile in via seriale[892].

---

[889] La scienza giuslavoristica cercherà di recuperare la inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale per tramite di un'ampia gamma di teorie: il mandato, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune*, in *Dir. gius*., 1950, p. 229 e ss.; la dismissione dei poteri individuali, v. A. CESSARI, *Il* favor *verso la prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, p. 157 ss; A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1966, p. 562; la sovraordinazione del potere sindacale, R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro* cit., p. 140. Da parte sua la giurisprudenza farà ricorso all'art. 2077 cod. civ., conquistandosi la benedizione della dottrina solo in prossimità della riscrittura dell'art. 2113 cod. civ. (v. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Il contratto collettivo di lavoro*, Atti del III Congresso Aidlass, Giuffrè, Milano, 1968; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva* cit.).

[890] L'applicazione dell'art. 36 Cost. è largamente dovuta alla giurisprudenza degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, ma è stata confortata dalla dottrina: v., per tutti, T. TREU, sub *Art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione* cit., 1979, p. 72. Nel decennio '90 c'è stato un ritorno di attenzione: v. L. ZOPPOLI, *L'art 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO - C. ZOLI - L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, I; P. LAMBERTUCCI, *Determinazione giuriziale della retribuzione, minimi sindacali e condizioni territoriali*, in *Arg. dir. lav*., 1995, 201; G. MARTINENGO - A. PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Padova, 1998, con contributi di B. Caruso, R. De Luca Tamajo, A. Garilli e O. Mazzotta.

[891] La vicenda, ormai consegnata al passato, fu seguita da una ricca produzione dottrinale e giurisprudenziale, con a sua coda più significativa l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale circa l'art. 39 c. 2 e ss, inapplicato ma pur sempre in grado di bloccare qualsiasi intervento legislativo ordinario finalizzato a conferire al contratto collettivo di diritto comune efficacia *erga omnes*: se già C. cost. 19 dicembre 1962, n. 126, aveva affermato con riguardo alla legge 14 luglio 1959, n. 741, che una legge la quale "cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima", pur dandole via libera in forza del suo «significato» e «funzione» di "legge transitoria, provvisoria ed eccezionale, rivolta a regolare una situazione passata e a tutelare l'interesse pubblico della parità di trattamento dei lavoratori e dei datori di lavoro"; la successiva C. cost. 15 maggio 1973, n. 70, concluderà per l'illegittimità costituzionale della l. 1 ottobre 1960, n. 1027, affermando che "anche una sola reiterazione della delega (a tale riducendosi la proroga prevista dall'art. 1 della legge impugnata) toglie alla legge i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità... e finisce col sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo".

[892] Sulla ricostruzione del contratto collettivo di diritto comune come contratto tipico in ragione della sua funzione sociale v. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo*, cit.; A. CESSARI, *Il* «favor» *verso il prestatore di lavoro subordinato*, cit., p. 142 ss.; ID., *Poteri creativi della giurisprudenza e «natura dei fatti» nel diritto sindacale*, Milano, 1968, p. 30 ss.; G. SUPPIEJ, *Funzione del contratto collettivo di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO - G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, vol. I, p. 223 ss. In particolare, sul contratto aziendale v. U. ROMAGNOLI, *Il contratto di impresa*, Milano, 1963.
Sulla distinzione fra parte obbligatoria e normativa, v. G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle organizzazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963, che, peraltro, individuava clausole miste obbligatorie-normative (p. 18 ss.), le quali secondo la dottrina successiva avrebbero trovato una progressiva estensione nella contrattazione collettiva (L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, p. 284-285, P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 295 ss.; e M. MASTINU, *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Torino, 2002 p. 108.).
Dopo il semaforo rosso acceso da C. Cost. 19 dicembre 1962, n. 106, la questione dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo di categoria è praticamente sparita dall'agenda dottrinale, per ritornarvi nel corso degli anni '80 e '90.

Ma la legge Vigorelli si collocava nell'ambito di una intensa stagione interventista (la n. 264/1958 sul lavoro a domicilio; n. 1369/1960, sull'intermediazione di mano d'opera; n. 230/1962, sul lavoro a termine; n. 7/1963, sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio); e contribuiva a segnare la fine dell'astensione legislativa proprio alla vigilia del primo centro-sinistra, con la sua illusione di programmazione economica. Il che però, non comportava affatto una mortificazione della contrattazione collettiva, che, anzi, ne veniva indirettamente rafforzata: prossima ad uscire dalla minorità, con una contrattazione articolata destinata ad aprirle ufficialmente le porte delle aziende[893].

E, proprio a mezzo di questa congiuntura, Gino Giugni lancerà, nel 1960, la sua teoria sull'ordinamento intersindacale[894], traducendo in versione anglosassone la classica costruzione di Santi Romano[895]. Ora, pur dando per scontato il suo professato valore descrittivo – funzionale allo studio del fenomeno sindacale, colto nella sua effettività – certo il modello ben si prestava ad esser comparato con quello di Santoro Passarelli, di cui rappresentava un'evoluzione. La base portante era costituita sempre dall'autonomia collettiva; ma elevata da una serie di singole vicende ad unità ordinamentale, con una prevalenza della parte obbligatoria rispetto a quella normativa, affidata alla successiva amministrazione collettiva, secondo la logica del *continuus bargaining*. Questo in forza e ragione della rilevata "tendenza delle relazioni contrattuali sindacali a porsi come un 'sistema', con criteri autonomi di legittimazione rappresentativa, con proprie regole di competenza, con strumenti singolari di realizzazione di un ordine"; un sistema diretto prima ancora che a realizzare la tutela dei suoi destinatari, a fissare un equilibrio di interessi fra forze sociali contrapposte, tramite regole del gioco sanzionate per via dello sciopero.

Da Santoro Passarelli a Giugni, l'autonomia collettiva cambiava pelle, ma restava sempre caratterizzata come area privata, auto-conclusa ed auto-sufficiente, protetta da qualsiasi interferenza statale; e l'autotutela mutava funzione, ma rimaneva sempre finalizzata ad una pace sociale, elevata a situazione normale. Solo che la teoria dell'ordinamento intersindacale nasceva datata, perché il decennio '60 avrebbe visto sì persistere, come una caratteristica ormai consolidata, la configurazione privatistica del fenomeno sindacale, ma venir meno la pretesa di una separazione/contrapposizione rispetto allo Stato. E, alla fine, il canale di comunicazione, fra ordinamento intersindacale e statale, che Giugni aveva individuato nell'interpretazione del giudice, sarà costituito da quella stessa legislazione – che lo troverà nel ruolo di consulente del principe – destinata a recepire, rinforzandole e generalizzandole, regole elaborate dalla contrattazione (l. 15 luglio 1966, n. 604; l. 20 maggio 1970, n. 300, artt. 19 ss.). Giugni prescindeva, qui, dal codice civile, come proprio di quell'ordinamento statale che intendeva mantenere estraneo; ma, all'indomani stesso del suo fortunato libro, proprio la neonata contrattazione "articolata" verrà studiata e ricostruita secondo una concettualizzazione ed una metodologia civilistica, onde verificarne non l'effettività, ma l'efficacia giuridica. Mi basti citare, anche per comunanza di scuola, un

---

[893] Per una ricostruzione a posteriori, che abbraccia anche l'evoluzione successiva v. L. MARIUCCI, *Contrattazione collettiva*, cit.

[894] G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

[895] Parlando di variante anglosassone, ci si riferisce in realtà a una molteplicità d'influenze ricondotte ad una unità originale dall'autore (la scuola istituzionalista di R. Commons quella funzionalista di T. Parsons e quella pluralista di Oxford), con ad asse portante una teoria discussa, ma autorevole nella dottrina italiana, quale quella del Santi Romano.

libro apparso nello stesso 1963: quello di Giorgio Ghezzi, sulla responsabilità contrattuale delle organizzazioni sindacali[896].

Nonostante un certo sforzo speso in proposito, la rinascita del diritto sindacale all'insegna dell'autonomia collettiva lasciava sul campo non solo l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, ma anche la legittimazione processuale attiva delle associazioni sindacali [897]. Si può dire che l'effetto congiunto di tale carenza e della impraticabilità della legittimazione processuale passiva delle stesse associazioni (data la limitata responsabilità loro riconosciuta in relazione al mancato esercizio del dovere di influenza a fronte di clausole esplicite di pace sindacale, secondo la "compromissoria" soluzione prospettata da Ghezzi) era quello di rendere il diritto sindacale privo di una "proiezione" processuale collettiva.

5.2. L'autonomia individuale.

Proprio in questi giorni Pietro Ichino[898] ci ha offerto un quadro completo ed articolato dello sviluppo del diritto del lavoro nel corso del primo ventennio repubblicano, in un saggio di prossima pubblicazione, da cui emerge che il cammino relativo al rapporto individuale di lavoro, sia risultato non solo più travagliato, ma anche tutt'altro che compiuto, lasciando scoperto un lungo tratto accidentato. È sempre Santoro Passarelli a far da apripista, con la sua "riscoperta" dell'autonomia dei privati, che non poteva certo esser declinata in maniera diversa, data la stretta connessione fra "collettivo" ed "individuale": nella sua espressione più tipica, cioè la disposizione consensuale di interessi contrapposti, contratto collettivo di diritto comune e contratto individuale ubbidivano alla regola del *simul stabunt, simul cadent*. Una connessione di "natura", prima che di "funzione", costituita quest'ultima dalla efficacia normativa del contratto collettivo, peraltro fondata pur sempre su una rappresentanza volontaria.

Con assoluta coerenza, egli depurava la lettera dell'art. 2094 c.c. dalla influenza di Paolo Greco[899]; e vi recuperava la nozione offertane dalla seconda elaborazione barassiana, di un contratto di scambio, con a causa una promessa di prestazione subordinata contro una promessa di retribuzione: una prestazione che, dovendo scontare l'implicazione della persona del lavoratore, doveva atteggiarsi come tecnico-funzionale. E, va anticipato, una ricostruzione come questa non si prestava e non si presta ad una critica ricorrente, per cui non si potrebbe dedurre la caratteristica della prestazione dal contratto, essendo questa realizzata e verificata nel rapporto: il contratto si caratterizza subito come subordinato, in base allo scambio di promesse, tanto che se ne potrebbe chiedere il rispetto a fronte del rifiuto di darvi esecuzione. Né questo è revocato in dubbio dal fatto che un contratto avente ad oggetto una prestazione autonoma riveli nello svolgimento del rapporto l'esistenza effettiva di una prestazione subordinata, perché ciò equivale a leggere la "fisiologia" alla luce della "patologia": quest'ultima merita di essere affrontata con la consolidata strumentazione civilistica, sull'interpretazione (art. 1362, co. 2), sulla simulazione (artt. 1414 e

---

[896] G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali* cit.

[897] Ma v. U. ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, 1969.

[898] P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti del 1966*, in corso di pubblicazione.

[899] P. GRECO, *Il contratto di lavoro,* in *Trattato Vassalli*, Torino, 1939.

ss.), sulla frode alla legge (art. 1344), senza alcuna inevitabile "fuga" verso una presunta peculiarità lavoristica[900].

Certo, però, questa soluzione non risulterà acquietante, perché ristretta ad una rilettura dell'art. 2094 c.c.; come tale non sufficiente a giustificare ed a spiegare tutta la disciplina codicistica, come si è visto raccordata all'impresa, nella sua duplice veste di attività organizzativa e di attività organizzata. Quel che resterà fermo sarà la scelta del contratto di scambio come fonte del rapporto di lavoro, risultata vincente rispetto alla teoria del contratto di associazione o del mero "inserimento"; e, ciò, per un *mix* di ragioni, non sempre concorrenti: "tecniche", con riguardo alla maggior spendibilità delle categorie civilistiche; e politiche, con rispetto alla miglior resa della contrapposizione di interessi, ricomposta solo nei termini e limiti dell'accordo, e, dunque, con una più precisa e puntuale "calcolabilità" della prestazione subordinata.

Dove la partita risulterà confusa, sarà sulla rilevanza da accordare al contratto e, rispettivamente, allo svolgimento del rapporto nella produzione degli effetti: matassa troppo complicata per districarla qui, sì da trovar comodo rinviare al citato saggio di Ichino, che ravvisa una duplice linea, del "contrattualismo" (Barassi-Santoro Passarelli-Mengoni-Mancini) e dell'"acontrattualimo temperato" (Greco-Pugliatti-Scognamiglio). Peraltro la collocazione dei nomi all'interno di ciascuna linea è lungi dall'esser pacifica, a testimonianza della difficoltà di incasellare dottrine composite ed in evoluzione.

Sulla linea del "contrattualismo", dopo Santoro Passarelli, è ancora un civilista come Luigi Mengoni, col suo saggio del 1954, sulle obbligazioni di mezzi e di risultato[901], che sgombra la via al fondamentale lavoro di Mancini, del 1957, sulla diligenza del prestatore di lavoro[902]; ed un decennio dopo, nel 1966, sarà un allievo di Santoro Passarelli, Mattia Persiani, a cercar di superare l'*impasse* contratto/rapporto perpetuato nel modello tralatizio di un contratto di scambio, con ad oggetto una prestazione di mera messa a disposizione; e lo farà col ricostruirlo come contratto di organizzazione[903]. A loro volta, sulla linea dell' "istituzionalismo temperato" sono due civilisti, Salvatore Pugliatti e Renato Scognamiglio[904], che fanno da battistrada di un percorso, peraltro interpretato in modo assai vario, con un occhio attento al bilancio netto dell'approccio istituzionalista, con riguardo sia ai rischi di un maggior coinvolgimento del lavoratore, sia ai vantaggi di un maggior controllo del potere imprenditoriale.

E quello del controllo dei poteri imprenditoriali è stato un filone coltivato fin dal decennio '50 da un gruppo di studiosi riuniti intorno alla Rivista giuridica del lavoro, battezzato come

---

[900] A quanto mi risulta, l'unico contributo significativo in tema di simulazione è G. NICOLINI, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1969; mentre la frode alla legge è stata oggetto di attenzione con riguardo a fattispecie "elusive" all'indomani del d.lgs. n. 276/2003: M.PEDRAZZOLI, *Il mondo delle collaborazioni coordinate e continuative fra genuinità e frode*, in *Dir. lav.*, 2004, 3, p.1177; M. T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.leg. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, p.1113 ss.; G. DONDI, *Società collegate, frode alla legge e tutela del lavoratore licenziato*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p.2316 ss.

[901] L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 ss.

[902] F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro,* Milano, 1957.

[903] M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

[904] R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato (diritto del lavoro),* in *Enc. giur. Treccani*, 1990, vol. XVIII; nonché F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974.

"costituzionalista", perché ispirato al primato del testo fondamentale sul codice civile. Sarà ancora un civilista, Ugo Natoli, a giocare un ruolo di primo piano, con a bersaglio principale il recesso *ad nutum* dell'art. 2118 c.c., cercando di renderlo "giustificato", con un approccio variegato, più attento al risultato che ai mezzi; sì da finir per civettare con una versione istituzionale costituzionalizzata, quale quella dell'impresa come "formazione sociale" *ex* art. 2 Cost., dove il lavoratore può far valere un suo interesse legittimo alla conservazione del posto[905].

Questo filone troverà il suo momentaneo approdo nelle l. 15 luglio 1966, n. 604, nella versione offertane dallo stesso "redattore" Gino Giugni, già nel 1963, a proposito delle "esigenze dell'impresa", da tener presenti nell'esercizio dello *ius variandi*[906]: da buon contrattualista, egli vi aveva confutato ogni teoria "istituzionalista" o "comunitaria", fondata sugli articoli del codice civile con richiami all'"interesse" o alle "esigenze" dell'impresa; e aveva declassato tali espressioni alle più modeste proporzioni di rinvii a regole tecnico-organizzative, applicabili secondo le massime di esperienza.

6. Lo Statuto dei lavoratori: la svolta "istituzionale".

A smentita di ogni bollettino meteorologico, il clima sarà destinato a cambiare in quell'ultimo scorcio del decennio '60, mettendosi decisamente al peggio: fra il 1969 ed il 1973, si apre e si chiude la stagione destinata a passare alla storia come quella della "conflittualità permanente"[907]. E, proprio all'inizio, nel 1970 – con Gino Giugni sempre nel ruolo di consulente del principe – vedrà la luce lo Statuto dei lavoratori: un testo con un passato onorevole, di cui vuole recepire il duplice lascito, "promozionale" e "costituzionale", con un equilibrato dosaggio di radicamento del sindacato e di riconoscimento del lavoratore come cittadino nel luogo di lavoro[908].

Ad un occhio attento e distaccato non sfugge il segno di questo duplice lascito, certo arricchito e rafforzato. Da un lato, l'indirizzo "promozionale" si traduce nel *favor* per il sistema sindacale vigente: le rappresentanze sindacali (cui vengono attribuiti diritti di cittadinanza nei luoghi di lavoro) sono modellate sulle sezioni associative dei sindacati categoriali aderenti alle tre grandi confederazioni (art. 19 St. lav.); i contratti collettivi (di cui vengono "incentivati" gli effetti normativi) sono i collaudati contratti territoriali, di categoria e di zona (art. 26 St. lav.); i legittimati ad

---

905 U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

906 G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

907 V. AA.VV., *Gli anni della conflittualità permanente*. *rapporto sulle relazioni industriali in Italia negli anni 1970-1971*, Milano, 1976; C. CROUCH - A. PIZZORNO, *The resurgence of class conflict in Western Europe,* London, Macmillan, 2 vol., 1978, trad. it parziale, *I conflitti in Europa,* Milano, 1979, per l'Europa; e A. PIZZORNO in AA.VV., *Lotte operaie e sindacato: il ciclo 1968-72 in Italia,* Bologna, 1978, VI, per l'Italia.

908 La letteratura sullo statuto è ormai amplissima. Ci si limita qui a citare i primi commentari destinati ad avere una grande influenza su tutta la successiva evoluzione dottrinale e giurisprudenziale: G. GIUGNI (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori: commentario,* Milano, 1979; G. GHEZZI - L. MONTUSCHI - G. F MANCINI -U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori (art. 14-18)* in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1981; U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello statuto dei lavoratori,* Milano, 1975, I e II tomo. Sullo stato di salute dello Statuto negli anni successivi al suo varo, v. i contributi in: *Lo statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind*. 1990, n. 6; *Tavola rotonda Garantismo, giurisprudenza e legislazione della crisi a dieci anni dallo Statuto dei lavoratori,* in *Riv. giur. lav.,* 1990, p. 469 ss., G. PERONE, *Lo statuto dei lavoratori*, Torino, 1997, nonchè gli atti di convegni "commemorativi": A. GARILLI - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori (1970-1990),* Napoli, 1992; AA.VV., *Lo statuto dei lavoratori tra passato e futuro* (atti del convegno, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, Cnel, 15 dicembre 2000), in *Economia e lav.*, 2001.

agire per comportamenti anti-sindacali – con cui vengono "repressi" gli scioperi – sono solo i tradizionali sindacali nazionali, per via dei loro organismi locali (art. 28 St. lav.). Dall'altro, l'indirizzo "costituzionale" si esprime nel riconoscimento sanzionato di diritti individuali, in continuità col percorso iniziato dallo Statuto dei lavoratori della Cgil, tenuto aperto da un consistente gruppo di giuristi e parzialmente ripreso dalla l. n. 604/1966 (in particolare artt. 13, 14, 15, 16, 18 St. lav.).

Ma se il testo era stato elaborato a conclusione di un intero periodo, cercando di "codificarne" il risultato, con un deciso salto in avanti, reso possibile dal mutato rapporto di forze e giustificato dall'intento di accrescerne le capacità di recupero delle Confederazioni; lo stesso testo, una volta calato ed interpretato nel clima incandescente del dopo "autunno caldo", verrà omologato al clima prevalente, *de factu* e *de iure*, secondo un criterio di effettività: l'"azienda" – o la sua articolazione "unità produttiva"[909] – colta nella dimensione spaziale-organizzativa, sarà vista e vissuta come sede di una fisiologica dialettica fra potere datoriale, da un lato, e contropotere sindacale e potere giudiziario, dall'altro. Da qui tutto il diritto del lavoro uscirà cambiato, tant'è che, esauritasi la spinta conflittuale, conserverà sì la sua originaria ascendenza privatistica, ma con una ben visibile influenza istituzionale-pubblica, che ce lo restituirà alquanto *mutatus ab illo*[910].

L'impatto immediato sul sistema sindacale modellato dal pensiero giuslavorista nel periodo precedente risulterà distruttivo. E sarà proprio il gruppo che aveva "teorizzato" l'equilibrio intrinseco di quel sistema, sia depurandolo nel modello astratto dell'"ordinamento intersindacale", sia supportandolo nel momento maturo della contrattazione articolata; sarà questo stesso gruppo, prima, a dividersi nel giudizio sullo Statuto, poi – letteralmente affascinato dall'improvvisa accelerazione della storia – a ricompattarsi, nel seguirne simpateticamente lo smantellamento: l'associazione degradata ad una *species* del *genus* organizzazione, estesa dalla mera coalizione alla rappresentanza elettiva; la qualificazione "sindacale" resa autoreferenziale; il contratto collettivo di diritto comune declassato ad un mero armistizio, con un doppio livello del tutto disarticolato; il diritto di sciopero sottratto a qualsiasi controllo sindacale.

Quando, vent'anni dopo, nel 1993, ci verrà restituito un modello riecheggiante quello della contrattazione articolata, lo sarà in un accordo triangolare Stato-Confederazioni, collocato in un contesto ben diverso, teorizzato e battezzato come neo-corporativo o neo-istituzionale[911]. Un tempo lunghissimo per la vita di un uomo, ma lungo per la storia di un Paese e dello sviluppo di un sistema sindacale sempre più dipendente dall'assetto politico e socio-economico, sicché richiederebbe uno spazio ben maggiore di quello disponibile, per ripercorrerlo passo a passo. Ma dato il

---

[909] V. C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983 e M. G. GAROFALO, *Sulla nozione di unità produttiva nello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav*., 1992, I, pp. 609 ss.

[910] Interessante il dibattito a distanza ravvicinata fra due protagonisti del periodo precedente: G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 369 ss., e G. GHEZZI, *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 407 ss.

[911] Protocollo del 23 luglio 1993, su cui esiste una ricca letteratura di cui si cita una selezione per nomi e luoghi di pubblicazione: M. D'ANTONA (*Riv. it. dir. lav.*, 1993, 411 ss); M. GRANDI - M. RUSCIANO (*Dir. lav. rel. ind*., 1993, p. 213 ss.); T. TREU - P. G. ALLEVA - M. ROCELLA - M. RICCI (tutti in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, pp. 215 ss.- 243 ss.-263 ss.- 279 ss.); G. GIUGNI (*Lav. inf*., 1994, 5, pp. 7 ss.), cui *adde* G. GHEZZI, *Dinamiche sociali, riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, Torino, 1996; F. CARINCI, *Il Protocollo del 23 luglio 1993 e il contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici,* in F. CARINCI - B. VENEZIANI (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata,* Milano, 1997, p. 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 357.

punto di vista prescelto, del rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro, è possibile limitarsi a percorrere rapidamente un duplice itinerario, tracciabile a partire dalla stessa legge n. 300/1970.

A colui che, stando sulla soglia di questo inizio del XXI secolo, volga indietro lo sguardo, lo Statuto appare il punto di partenza di un processo difficilmente immaginato da chi vi mise mano. Vincente si rivelerà la scelta di una "promozione senza regolamentazione", effettuata sulla base di una lettura dell'art. 39 cost., che amputava il primo comma dai successivi, fino ad una loro "abrogazione sostanziale"; con la Corte costituzionale sempre più insofferente rispetto ad una loro sopravvivenza formale, pur ridotta a mera funzione preclusiva del conseguimento *aliunde* dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo categoriale.

Il che permetterà al nostro diritto sindacale di mantenere i piedi piantati nel diritto privato "comune"; se pure in modo certo per l'associazione non riconosciuta[912]; ed in modo problematico per il contratto collettivo[913]. Qui l'impatto della crisi – apertasi con lo shock petrolifero del 1973 – avrà una ricaduta diretta ed indiretta che la dottrina si farà carico di classificare: diretta, per la regressione dei contenuti (contrattazione ablativa) [914] e per la frantumazione degli agenti contrattuali (contrattazione separata) [915]; indiretta, per l'accrescersi di una legislazione sempre piu' ricca

---

[912] Sul sindacato come associazione non riconosciuta, v. G. BRANCA, *L'associazione sindacale,* Milano, 1960; T. TREU, *L'organizzazione sindacale, I soggetti,* Milano, 1970; G. BALDUCCI - U. CARABELLI, *Il sindacato. L'associazione sindacale,* Torino, 1984, t. II; U. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Napoli, 1986; U. ROMAGNOLI, voce *Associazione (associazioni sindacali),* in *Enc. giur.,* 1988, III: qui le due questioni centrali sono rimaste quelle della natura contrattuale o normativa dello statuto (con prevalenza della prima ipotesi) e della soggezione o immunità rispetto alla giustizia statuale (con prevalenza almeno di fatto della seconda tesi). A favore dell'applicabilità al sindacato della disciplina delle associazioni riconosciute v. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati,* in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile* cit., 1967, p. 104 ss. Ma *contra* D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute,* Milano, 1952, p. 2 ss.
Dopo il varo dello Statuto dei lavoratori l'interesse si sposterà dalla "natura" quale associazione non riconosciuta alla qualificazione come sindacato maggiormente rappresentativo *ex* art. 19 co. 1 lett. a) destinato a diventare il vero e proprio *passe partout* di accesso allo statuto promozionale.

[913] V., in generale, S. SCIARRA, *Contratto collettivo*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm*., Torino, 1989, M. DELL'OLIO, voce *Sindacato*, cit. IV; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003, e, in particolare per il contratto aziendale, S. SCIARRA, *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Milano, 1985, e A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, 2001.

[914] Con tale termine la dottrina è solita designare i contratti collettivi c.d. in perdita o concessivi: cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale,* Bari, 2001, p. 147; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992. A proposito del contratto collettivo ablativo stipulato a livello aziendale, un indirizzo giurisprudenziale aveva cercato di recuperare lo schema del mandato, onde limitarne l'efficacia; questo peraltro prima della Corte costituzionale consacrasse il contratto gestionale.

[915] Anche l'accordo separato si colloca per lo più a livello aziendale, pur se non è mancato qualche caso a livello nazionale: a parte lo storico precedente costituito dal disaccordo di S. Valentino del 14 febbraio 1984 (che ebbe come coda una contrattazione separata a livello aziendale), il più recente è dato dal contratto collettivo dei metalmeccanici, non sottoscritto dalla FIOM-CGIL, su cui Trib. Roma 12 luglio 2000, in *Arg. dir. lav.,* 2000, p. 819 ss. A proposito di un contratto fimato da un sindacato comparativamente più rappresentativo, Cass. 28 marzo 2004, n. 10353, in *Orient. giur. lav.,* 2004, I, p. 287 ed in *Riv. it. dir. lav.,* 2005, II, p. 312ss., ha escluso che possa diventare efficace rispetto ai lavoratori aderenti ad un sindacato diverso di cui condividano l'esplicito dissenso "in ossequio al principio di libertà sindacale e in coerenza con il nostro sistema giuridico"; mentre Cass. 3 dicembre 2001, n. 15254, in *Lav. prev. oggi*, 2002, p. 134 ss., aveva dichiarato valido l'accordo aziendale concluso con taluni dei (e non tutti i) sindacati presenti in azienda, sempreché tutti i sindacati fossero stati invitati al tavolo ed i sindacati sottoscrittori fossero effettivamente rappresentativi del personale in azienda.
In dottrina la questione è stata ampiamente trattata, anche per cercare una qualche soluzione che superasse l'*impasse* di una contrattazione separata destinata ad avere una efficacia limitata, poco o niente funzionale a livello aziendale; v. G. PERONE, *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa*, Padova, 1981, p. 180 ss.; C. ASSANTI, *La coppia "collettivo-collettivo": responsabilità del sindacato ed "indivisibilità delle posizioni soggettive"*, in *Diritto e giustizia del lavoro oggi*, Milano, 1984, pp. 109-110; L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva,* cit., p. 72; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit., 1992, p. 153 ss); G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989; P. TOSI, *Rappresentanza e rappresentatività,* relazione svolta al Collegio

di rinvii (contrattazione delegata). Una classificazione, questa, che risulta chiara sulla carta, ma assai meno nella realtà, perché l'ultima arrivata, la contrattazione delegata, porrà la stessa problematica, ben potendo essere al tempo stesso ablativa e separata.

Di certo è che la contrattazione ablativa e separata verrà a porre una questione di efficacia completamente diversa rispetto a quella acquisitiva ed unitaria: non piu' con riguardo ai datori di lavoro non iscritti alle associazioni stipulanti, ma con rispetto ai lavoratori non sindacalizzati, aderenti ad altri sindacati, associati ai sindacati firmatari, ma dissenzienti; e la porrà soprattutto a livello aziendale, in misura tanto piu' seria, quanto piu' la contrattazione tenderà ad essere insieme, ablativa e separata. Ma tale questione potrà essere affrontata senza rimettere in discussione la tesi classica circa la natura (di atto di autonomia privata) e la efficacia (*intra partes*) del contratto collettivo, salvo la tendenza a trovare qualche formula per assicurare comunque un'efficacia generalizzata soprattutto a livello aziendale, facendo perno sia sull' aspetto soggettivo (sottoscrizione da parte delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative o, comunque, rappresentative della maggioranza dei lavoratori sindacalizzati, e/o delle rappresentanze unitarie, approvazione da parte della maggioranza dei lavoratori) sia sull'aspetto oggettivo (unitarietà ed indivisibilità degli interessi in gioco), che, una volta licenziata dalla Corte costituzionale la figura del contratto gestionale, sfocerà nel ricorso a tale figura. La faccenda si complicherà con la crescita della contrattazione delegata, basata su rinvii *ex lege*, perché questa verrà ad enfatizzare la questione dell'efficacia *extra partes*; ma, così facendo, aggraverà la problematica di una trattativa e sottoscrizione separata da parte di solo alcune delle organizzazioni sindacali, legittimate, come maggiormente rappresentative o comparativamente più rappresentative.

Comunque, nella prima metà del decennio '80, la rinnovata rivendica di identità del diritto del lavoro rispetto al diritto privato, troverà piena e matura espressione in due opere, confortate più da richiami che da consensi: quella di Giuseppe Ferraro, del 1981[916], che eleva il contratto collettivo a fronte di diritto *extra ordinem* e lo dota di efficacia *erga omnes*, in ragione della qualificazione dei sindacati firmatari come maggiormente rappresentativi; e quella di Marcello Pedrazzoli[917], del 1985, che coniuga nella subordinazione la dimensione individuale e collettiva. Una dottrina, peraltro, anche qui in ritardo, perché il comune modello di riferimento era costituito, esplicitamente o implicitamente, da quel sindacalismo confederale che era stato sì promosso come egemone dallo Statuto dei lavoratori, ma che stava esaurendo la sua stagione d'oro.

Ma, ormai, stava acquistando una crescente rilevanza la contrattazione delegata, sulla quale si avrà occasione di ritornare piu' avanti. Per l'intanto c'è da osservare come, dal canto suo, lo sciopero continuerà il cammino che lo aveva già da tempo portato al di fuori del suo stretto abito originario – di anonimo diritto potestativo – fino a venir ricostruito come diritto della persona o

---

Ghislieri di Pavia il 2 aprile 1990; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso,* Milano, 1994; F. LUNARDON, *Efficacia del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999.

916 G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela,* Padova, 1981; ID., *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione sulla flessibilità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1986, p. 685 ss.

917 M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, cit.

diritto politico[918]. Peraltro, al tempo stesso, veniva rafforzato direttamente nella sua protezione ed indebolito, indirettamente, nella sua disponibilità individuale, da quell'art. 28 St. lav., che segna l'ingresso a pieno titolo del sindacato nel processo: rafforzato direttamente per l'efficacia della tutela; indebolito indirettamente per la riserva dell'azione a capo delle istanze locali dei sindacati nazionali.

Se questo è vero, è anche vero che nello Statuto c'è il seme della svolta "istituzionale" del nostro diritto del lavoro: quella "macro", relativa al profilo sindacale, che gli permetterà di uscire a tutto busto nella dimensione politica, con la concertazione e con una contrattazione "delegata" a curvatura pubblicistica; e, quella "micro", relativa al profilo individuale, che gli consentirà di enfatizzare a tutto campo l'"impresa", come "attività organizzata", con una ricaduta sulla ricostruzione della fattispecie lavoro subordinato e sulla configurazione dei poteri imprenditoriali.

Prima di procedere oltre, è opportuno accennare a due "condizionamenti" crescenti del nostro diritto del lavoro, destinati ad acquistar peso e rilievo nel passaggio da un secolo all'altro. Il primo è costituito da un diritto comunitario che verrà a conformare sempre più il nostro diritto interno, con una certa tendenza al rialzo rispetto allo *standard* previsto a livello europeo: con riguardo alla variante *hard*, - oltre alle direttive in materia di coinvolgimento dei lavoratori di cui si farà parola più oltre, la Risoluzione del Consiglio del 3 giugno 2002 su una nuova strategia comunitaria per la salute e sicurezza sul luogo di lavoro, la Direttiva 1995/45/CE sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (l. n. 675 del 1996), la Direttiva 2003/88/CE sull'orario di lavoro (legge n. 66 del 2003), la Direttiva 1997/81/CE sull'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (d.lgs. n. 61 del 2000), la Direttiva 1999/70/CE sull'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (d.lgs. n. 368 del 2001); e, con rispetto alla variante *soft*, gli Orientamenti annuali, nell'ambito della la c.d. Strategia Europea per l'occupazione inaugurata a Lisbona nel 2000, cui si sono ispirati la l. delega 14 febbraio 2003, n. 30, ed il relativo d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276[919].

---

[918] L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile,* in *Il diritto di sciopero, Atti del primo convegno di studi di diritto e procedura penale*, Milano, 1964, pp. 40 ss.; E. GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981
Il processo di "liberalizzazione" del diritto di sciopero seguirà un duplice percorso, sollecitato dalla dottrina, ma compiuto dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione: la prima con la sua giurisprudenza "creativa" circa la legittimità degli *articoli* del codice penale del 1930, che "di rimbalzo" è venuta ad individuare gli scopi perseguibili (v. C. SMURAGLIA, *L'attività interpretativa della Costituzione e il diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav*., 1963, I, p. 229 ss.; F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1971; G. SUPPIEJ, *Trent'anni di giurisprudenza costituzionale sullo sciopero e serrata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 30 ss.); la seconda con la sua giurisprudenza altrettanto "creativa" sui modi di esercizio (v. G. GHEZZI, *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 24; L. MONTUSCHI, *Il diritto di sciopero ed il c.d. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 371 ss., E. GHERA, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero,* in *Indagine sul sindacato*, a cura dell'ISLE, Milano, 1970; P. ALLEVA, *L'esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo*, in *Riv. dir. lav.*, 1976, p. 371; A. DI MAJO, *Tutela civile e diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav*., 1980, p. 293). Dopo la l. n. 146/1990, relativa alla regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, c'è stato un ritorno di attenzione da parte della dottrina, che è andato ben oltre l'analisi della legge F. BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Torino, 1998; F. DE FALCO, *Diritto di sciopero ed interesse dell'impresa*, Napoli, 2003; G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero,* Torino, 2005; nonchè, per una riconsiderazione sistematica F. SANTONI, *Lo sciopero*, IV ed., Napoli, 1999.

[919] L'interesse è cresciuto nel corso di quell'ultimo decennio del secolo scorso, che è stato testimone del decollo dell'UE, come emerso nelle Giornate di studio Aidlass (Pavia, 6-7 novembre 1992), *Il dialogo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, con relazioni di T. Treu, F. Santoni, S. Sciarra, R. Foglia, L. Forlati-Picchio, Milano, 1994. In chiave sistematica v. B. CARUSO - M. D'ANTONA - S. SCIARRA, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea,* I, Napoli, 1995 e M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea,* 3. ed., Padova, 2002; cui *adde*, A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo: attori, procedure, prospettive,* Milano, 2001; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato: la dimensione*

Il secondo condizionamento è rappresentato da un sistema previdenziale[920] che, da "servitore", tenderà a trasformarsi in "padrone" del diritto sostanziale, non senza una contraddizione fra legislatore e Inps. Da un canto, il legislatore si impegnerà ad estendere la copertura dei contratti c.d. atipici, moltiplicatisi nell'area grigia tra lavoro subordinato ed autonomo[921]; ma senza affrontare la problematica dei tempi morti fra un contratto e l'altro, nell'ambito di una riforma degli ammortizzatori sociali sempre predicata, ma mai realizzata[922], anzi ridotta ad una politica congiunturale *ad libitum* del Governo di turno. Dall'altro, l'Inps si esibirà in una caccia all'evasione contributiva, benemerita se non fosse viziata dall'esigenza prioritaria di un riequilibrio di conti in profondo rosso, sì da realizzare una sorta di "pansubordinazione previdenziale", in controtendenza rispetto all'evoluzione normativa di una moltiplicazione tipologica.

Due condizionamenti dati qui per scontati, perché per quanto via via più estesi ed incisivi, restano l'uno – quello comunitario – ancora largamente mediato dalla legislazione interna; e l'altro – quello previdenziale – rilevante soprattutto con riguardo alla scelta datoriale nella multiforme tipologia contrattuale, con cui gli è, oggi, possibile procurarsi la disponibilità del lavoratore. Se mai, va sottolineato come il diritto del lavoro di cui si tratta e si parla, è costretto a fare i conti con un fenomeno, certo comune ad ogni altro paese caratterizzato da un robusto sistema protettivo, ma del tutto peculiare al nostro, per dimensione e concentrazione, quel lavoro "nero" o " sommerso", radicato in certe aree (meridione ed isole) ed in certe categorie (cassa-integrati, lavoratori in mobilità, pensionati, dipendenti "pubblici", immigrati clandestini), con un effetto dirompente sull'ambito e sul livello del regime legale e contrattuale. Non per nulla l'intervento legislativo diretto alla repressione/emersione di tale fenomeno è venuto ad acquisire il rilievo di un vero sottosettore o ramo, peraltro tanto sofisticato, quanto poco risolutivo; solo che trattasi di un sottosettore o ramo funzionale proprio a rendere effettivo, "col bastone o con la carota", proprio quel diritto del lavoro presentato ed illustrato dai manuali ai compendi di giurisprudenza[923].

---

sociale dell'integrazione europea, Bologna, 2003; *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind*., 2004, n. 27, e, per un'informazione continua ed aggiornata, i *Working Papers* in *www.lex.unict.it*.

[920] Sullo sviluppo del sistema previdenziale v. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960. Mentre sul sistema vigente v., in generale, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale,* Torino, 2005; M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006.

[921] P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo: problemi e prospettive del sistema di protezione sociale,* Torino, 2005 ed alle misure introdotte in campo previdenziale dalla finanziaria per il 2007, M. MISCIONE - D. GAROFALO (a cura di), *La finanziaria 2007*, Milano, 2007, p. 189 ss.

[922] V. al riguardo la relazione di M. MISCIONE alle Giornate di studio Aidlass "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro" (Venezia 25-26 maggio 2007), pubblicata in *www.aidlass.org*.

[923] Sul lavoro sommerso, v. A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2000; M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la «lotta per il diritto»*, *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 43; Il fascicolo monografico di *Dir. merc. lav.*, 2003, 63 ss.; M. SALA CHIRI, *Il lavoro sommerso ed il diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 731 ss.; G. PERONE, *Economia informale, lavoro sommerso e diritto del lavoro*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2003, 1 ss.; A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 379 ss. A. BELLAVISTA, *La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 55/2007; e, sul lavoro degli immigrati, v. A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato: tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991; G. DONDI, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Padova, 2001; ID. (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Milano, 2003; S. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005; M. BROLLO, *Immigrazione e libertà di circolazione*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 1069 ss.

7. L'evoluzione post-statutaria del diritto sindacale.

7.1 Lo sconfinamento dell'agire collettivo nel "politico" e nel "pubblico".

Con l'ovvia considerazione che ogni individuazione in tal senso risulta forzante, sembra possibile ravvisare nell'evoluzione post-statutaria del diritto sindacale una duplice tendenza. Le denominazioni utilizzate per individuarle sono del tutto convenzionali, scelte in base meno alla loro precisione tecnica che alla loro forza suggestiva: lo sconfinamento dell'agire collettivo nel "politico" e nel "pubblico"; il contenimento del conflitto collettivo.

Come è intuibile i territori in cui operano questi *trend* sono diversi, ma segnalano un mutamento nel volto originario del diritto sindacale post-bellico, non più configurabile come un complesso di regole di un gioco limitato alle parti sociali ed affidato al libero confronto ed al mutevole equilibrio nel rapporto di forza. Cominciando dal primo *trend*, a costo di peccare per eccesso di *distinguo,* credo opportuno tenere separati due aspetti, perché toccano ambiti e utilizzano meccanismi differenti, ma soprattutto evidenziano due processi interconnessi, ma diversi: l'uno – la concertazione – con un coinvolgimento sullo scenario politico; l'altro, la contrattazione "delegata" (*et alia*), con un cointeressamento rispetto ad uno scopo pubblico.

7.1.1. La concertazione.

Il sangue non è acqua, si usa dire per l'uomo, ma lo si può utilizzare metaforicamente anche per il diritto, perché l'ascendenza di un istituto conta non poco. Qui il fatto che il concetto di sindacato maggiormente rappresentativo fosse già stato elaborato per accreditare la partecipazione del sindacalismo confederale alle attività e alle funzioni di organi pubblici, contribuisce a spiegare il suo recepimento nello Statuto. Da un punto di vista "soggettivo", perché permetteva l'ingresso nell'ordinamento statale – se pur tramite un concetto formalmente "neutro" – del principio di oligopolio rappresentativo paritario di Cgil, Cisl, Uil; da un punto di vista "oggettivo", perché tale ingresso aveva sì come "causa" la loro cittadinanza nell'"unità produttiva", ma come "motivo" la loro presenza sulla stessa scena politica, in funzione di canalizzazione e razionalizzazione della spinta rivendicativa[924].

Recepimento, questo, realizzato dallo Statuto, con quell'art. 19 che paga in apertura un omaggio all'iniziativa di base, ma privilegia l'organizzazione *sub specie*, in via principale, di una rappresentatività confederale "qualitativa" (co. 1, lett. a); ed, in via secondaria – *rectius* residuale – di una rappresentatività "contrattuale" (co. 1, lett. b) [925]. Ma sarà la Corte costituzionale, di lì a qualche anno, a trasferire la legittimazione dalla dimensione aziendale a quella politica, con due sentenze:

---

[924] M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigorosità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa,* in *La rappresentatività del sindacato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 1989, 5, pp. 7 ss.

[925] La via è stata preparata dalla elaborazione giurisprudenziale della maggiore rappresentatività ai fini della partecipazione in organi e collegi pubblici, v. G. PERONE, *La partecipazione sindacale a pubbliche funzioni*, Padova, 1972.
Sulla distinzione fra rappresentanza e rappresentatività, v. M. GRANDI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in L. RIVA SANSEVERINO - G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro* cit. Sull'art 19 Stat. Lav., v. G. F. MANCINI, *Le rappresentanze sindacali aziendali nello Statuto dei lavoratori,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1971, I, pp. 766 ss. In concomitanza con la legislazione della crisi e dell'emergenza, il criterio del sindacato maggiormente rappresentativo diventerà l'asse portante del contributo di G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale*, cit.

C. cost. 6 marzo 1974, n. 54[926], sugli agli artt. 19 e 28 St. lav., e C. cost. 27 dicembre 1974, n. 290[927], sull'art. 503 c.p.

Con la prima decisione, il Giudice delle leggi vede nell'art. 39, co. 1, scorporato ed estraniato dal resto del testo, sia una tutela "minima", essenzialmente negativa, per tutte le forme organizzative sindacali; sia una tutela "ulteriore", principalmente positiva – promozionale e quindi selettiva – per quelle associazioni confederali, qualificabili come maggiormente rappresentative; come tali idonee a raccogliere, omogeneizzare, rendere negoziabili le spinte centrifughe e destabilizzanti provenienti dai luoghi di lavoro, sì da renderle ricomponibili e sintetizzabili per via di ampie piattaforme di contrattazione e di riforma, da portare al tavolo delle trattative con la controparte datoriale e, rispettivamente, con il Governo. E se è vero che, stando al giudizio del giudice costituzionale, non c'è un pieno *continuum* fra "vecchio" e "nuovo" criterio, perché quello di cui all'art. 19, co. 1, lett. a) non può essere utilizzato in termini di "comparazione", ma solo di "soglia di accesso"; è anche vero che il destinatario del trattamento promozionale tenuto presente rimane sempre lo stesso, cioè il movimento sindacale confederale.

Sincronica e sintonica rispetto alla prima, è la seconda decisione, una specie di *summa* della legittimità dello sciopero, destinata a rimaner ferma ed immodificata fino ad oggi. A conferma di un'evoluzione giurisprudenziale iniziata nel 1962 e confortata da parte significativa della dottrina, la Corte manipola l'art. 503 c.p., deducendone tre distinte fattispecie, con ben diverse discipline: lo sciopero "economico", riconosciuto come diritto; lo sciopero "politico in senso stretto", qualificato come libertà; lo sciopero "rivoluzionario" ed "eversivo", represso come reato. Quel che interessa è la correlazione instaurata fra l'art. 40 e l'art. 3, co. 2, per cui il riconoscimento del diritto di sciopero "economico" è funzionale alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale: non viene rimessa in discussione la titolarità individuale del diritto di sciopero, ma certo c'è sottesa la consapevolezza che solo la triplice confederale, quella stessa "promossa" dalla legislazione statutaria, possa promuovere, organizzare e gestire una tale forma di lotta.

Passando dall'una all'altra sentenza, si trova confermata una ricostruzione della Parte II della Costituzione che non è più quella scritta negli art. 55 ss., con un'assoluta ed esclusiva prevalenza del Parlamento, come unico canale istituzionale di rapporto/condizionamento del Governo. Il movimento sindacale confederale si vede riconosciuto un ruolo fondamentale nell'equilibrio costituzionale complessivo, come portatore di un interesse, che non è solo ristretto al suo nucleo associativo, ma esteso all'intero universo del lavoro subordinato, come destinatario privilegiato del suo impegno a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che …impediscono…l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese": dunque un interesse generale per eccellenza, tale da meritare e comportare uno sbocco istituzionale. Questo verrà percepito da un protagonista autorevole del processo rifondativo del diritto del lavoro, Federico Mancini, che, nel 1977[928], richiamerà proprio C. cost. n. 290/1974, per

---

926 C. cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Foro it.,* 1974, I, c. 963 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, così come sviluppatasi da questa sentenza in poi, v. G. PERA, in AA.VV., *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*. 1983, p. 171 ss.; L. MARIUCCI, *Il sindacato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. lav*., 1988, I, p. 331 ss.; F. CARINCI, *La rappresentatività sindacale e i conflitti di lavoro secondo la Corte costituzionale*, in *Lav. dir*., 1989, p. 477 ss.; M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, cit.

927 C. cost. 27 dicembre 1974, n. 290, in *Foro it.,* 1975, c. 259.

928 F. MANCINI, *Possibili sviluppi del diritto del lavoro nella fase di transizione*, in A. ARRIGO (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori, un bilancio politico*, 1977, p. 115 e ss.

teorizzare la fine del modello Parlamento-centrico: "dopo la decisione della Corte si può dire che in Italia la sovranità popolare non si esprime solo con il voto (art. 1) o con l'adesione ad un partito politico (art. 49), ma anche con la partecipazione ad uno sciopero. In altre parole la nostra non è più una democrazia rappresentativa".

Un'affermazione enfatica, figlia di quel riformismo post-sessantottino che puntava molto sulla capacità di "governo" del sindacalismo confederale, in un quadro politico in movimento; ma certo servirà ad offrire una copertura alla lunga marcia della concertazione. Ripercorrerla qui sarebbe un fuor d'opera, sicché basta ricordarne l'incubazione nell'ultimo scorcio del decennio '70; la fioritura e precoce gelata dell'inizio del decennio '80; la "istituzionalizzazione" avvenuta nel corso del decennio '90; la rilettura in termini di "dialogo sociale" all'inizio del 2000, subito passata di moda; l'andatura carsica, ma continua, del decennio in corso.

A dire il vero, la concertazione verrà sì molto teorizzata come espressione di una organizzazione neo-corporativa o neo-contrattuale o neo-istituzionale, ma riuscirà a trovare solo una legittimazione negoziale nella sequenza che va dal Protocollo del 1993 al Patto di Natale del 1998, con una formula finale tanto barocca ed inflazionata, da restare del tutto impraticabile; per, poi, essere declassata a "dialogo sociale" – sul modello europeo – all'inizio del 2000, nel Libro Bianco del secondo Governo Berlusconi, per enfatizzarne la riduzione dell'oggetto – da tutto campo al singolo tema settoriale di volta in volta affrontato – e la restrizione del tavolo alle stesse parti, con un intervento finale del Governo, libero da qualsiasi "veto" sindacale[929].

Oggi come oggi è ritornata ad essere una prassi informale, basata non su una procedura predeterminata, ma su una trattativa fra Governo e grandi Confederazioni, "asimmetrica", cioè squilibrata a pro delle Confederazioni dei lavoratori e condizionata dalla presenza di un "Governo amico". Né più né meno di una "trattativa privata", priva di esplicita rilevanza costituzionale, che viene aperta in relazione all'"agenda governativa" in tema di sviluppo, mezzogiorno, fisco, mercato del lavoro, pensioni … e condotta con la pressione del ricorso a manifestazioni, mobilitazioni, scioperi; e che viene conclusa da una convenzione "privata" – con la sua dichiarazione di intenti, di partite di scambio in termini di programmazione dell'attività governativa e della politica contrattuale, di legislazione contrattata – peraltro sprovvista di qualsiasi efficacia che non sia quella riconducibile alla rispettiva capacità sanzionatoria di "fatto", a fronte di una sua inosservanza.

D'altronde la Corte aveva già detto la sua. Nel dichiarare la legittimità costituzionale del d.l. 17 aprile 1984, n. 70, C. cost., 7 febbraio 1985, n. 34, scriveva: «*gli accordi stessi rappresentano il*

---

[929] Quello neocorporativo è un modello di "importazione": H.L. WILENSKY, *The new corporatism. Centralization and the Welfare state,* Beverly Hills, 1976; M. MARAFFI, *La società neocorporativa*, Bologna, 1981; P. SCHWTTER - G. LEHMBRUCH, *La politica degli interessi nei paesi industrializzati,* Bologna, 1984;; ripreso largamente dalla nostra dottrina: F. CARINCI, *Il diritto del lavoro all'inizio degli anni 80: fra neo corporativismo e neo istituzionalismo*, in *Studi in onore di Tito Carnicini*, Milano 1983, vol. I, p. 419 ss.; A. CESSARI, *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo*, in *Riv. it. dir. lav*., 1983, I, p. 167, T. TREU, *La scommessa del neo-contrattualismo*, in *Pol. dir.,* 1983, p. 431; G. VARDARO, *Diritto del lavoro e corporativismo in Europa: ieri e oggi,* Milano, 1988.
Una disamina storico-giuridica delle diverse tappe della concertazione in L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Bari, 1999; E. GHERA, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2000, I, p. 115 ss.; A. MARESCA, *Concertazione e contrattazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 197 ss.; G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003; F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza,* cit., e *Riparlando di concertazione*, in*Arg. dir. lav.*, 2005, p. 491, ss.
Per un inquadramento del fenomeno in un contesto più in generale, v. M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006.

frutto dichiarato di trattative triangolari che vedono ufficialmente partecipe il Governo, non solo nella veste di un semplice mediatore o in quanto datore di lavoro per ciò che riguarda il pubblico impiego, ma quale soggetto che assume a sua volta una serie di impegni politici, spesso assai precisi e rilevanti … È da dubitare, quindi, che i fenomeni così ricostruiti, pur non contrastando con la Costituzione, rientrino nel campo tipizzato dall'art. 39, dal momento che le organizzazioni sindacali non sono in tal campo separate dagli organi statali di Governo, bensì cooperanti con esso. Ne segue, in ogni caso, che gli interessi pubblici ed i fini sociali coinvolti da tali trattative devono poter venire perseguiti e soddisfatti dalla legge, quand'anche l'accordo fra il Governo e le parti sociali non sia raggiungibile: così come spetta alla legge coordinare l'attività economica pubblica e privata ai sensi del terzo comma dell'art. 41 Cost. Diversamente ne verrebbe alterata la vigente forma di Governo…»[930].

Dal passo, reso in corsivo, si deduce, direttamente, che il mancato accordo non è preclusivo ad un intervento del Governo, ma anche, indirettamente, che l'eventuale accordo non è vincolante, se non da punto di vista politico: perché, come nel primo, anche nel secondo caso, ne verrebbe modificato il modello costituzionale di un Governo parlamentare. Il che non vuol dire che il cammino concertativo non abbia avuto un impatto sul sistema contrattuale, perché ne ha accompagnato ed accelerato il controllo dal centro, con un primato confederale, realizzato tramite un sistema regolato negli agenti, nei livelli, nei raccordi e nei contenuti, che finisce per trovare il suo sbocco nel Protocollo del luglio 1993. Solo che trattasi di un accordo interconfederale, incorporato fisicamente e politicamente nel Protocollo, ma pur sempre espressivo del potere auto-regolativo delle parti sociali.

E, guardando al tempo trascorso, non pare esserci un segno dell'arretramento del confine "legale" assegnato a tale potere autonomo; anzi tutt'altro, almeno a stare all'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. La Corte costituzionale aveva sì sostenuto l'inesistenza di una riserva a favore della contrattazione collettiva in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro, esplicitata già in C. cost. 19 dicembre 1962, n. 106[931]: in base all'argomentazione che non può neppure proporsene la questione, fino a quando l'art. 39, co. 2 ss., non sarà attuato; e confermata in C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34[932] e in C. cost. 23 giugno 1988, n. 697. Nella *prima* - C. cost. n. 34/1985, relativa al decreto legislativo n. 70 /1994, assunto in base ad un accordo sindacale "separato" - perché al legislatore deve essere riconosciuta la «potestà» di imporre limiti inderogabili alla contrattazione collettiva nel perseguimento di «finalità di carattere pubblico, trascendenti l'ambito nel quale si colloca – per la Costituzione – la libertà di organizzazione sindacale e la corrispondente autonomia negoziale» tutelate dall'art. 39 Cost., tanto più in caso di accordi triangolari che vedono il Governo assumere «una serie di impegni politici, spesso assai precisi e rilevanti» e che quindi, «pur non contrastando con la Costituzione, non rientrano nel quadro tipizzato dall'art. 39, dal momento che le organizzazioni sindacali non sono separate dagli organi di Governo (come quel quadro presuppone), bensì cooperanti con

---

[930] C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34, in *Foro it.,* 1985, I, c. 975 ss.
[931] C. cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in *Foro it.,* 1963, I, c. 17 ss.
[932] C. cost. 7 febbraio 1985, n, 34, in *Foro it.,* 1985, I, 975 ss.

essi»[933]. Nella *seconda* – C. cost. n. 697/1998, relativa alla l. n. 91/1997, assunta in base ad un accordo sindacale "unitario" – perché il legislatore ha giustamente privilegiato il fine di perequazione tra settore e settore della vita economica del paese, *ex* art. 3, comma secondo.

Se questo è vero, è anche vero che nella più recente C. cost. 26 marzo 1991, n. 124, la Corte conferma che l'autonomia collettiva può essere assoggettata a criteri direttivi o a limiti di compatibilità con obbiettivi generali di politica economica individuati *ex* art. 41, co. 2, cost., ma nell'ambito di questi deve essere lasciata libera, sì da escludersi l'imposizione di tetti massimi, se non in situazioni eccezionali, come tali destinate ad essere transitorie. A sua volta, la Corte di Cassazione, a partire dalla metà degli anni '80 è andata affermando che il conflitto fra contratti di diverso livello vada risolto "con il ricorso alla autonomia negoziale che compete ai diversi sindacati, con l'unico limite della presenza di clausole di organizzazione dell'attività contrattuale (rinvii negoziali e determinazione delle competenze soggettive e oggettive) e del coordinamento funzionale che le associazioni stabiliscono tra i vari ambiti contrattuali, deducibili dagli statuti o da altri atti comunque idonei a vincolare la libertà dei soggetti stipulanti"[934]. E nel passaggio dagli anni '80 agli anni '90 è giunta a consacrare l'inapplicabilità dell'art. 2070, co. 1 c.c. [935]; a superare la nozione omnicomprensiva della retribuzione[936]; mentre, negli anni successivi, è pervenuta ad affermare la recedibilità dal contratto collettivo a tempo indeterminato[937], ad escludere l'applicabilità della parità di trattamento[938], a ribadire la libertà di forma dello stesso contratto collettivo[939].

---

[933] Questa sentenza ha avuto una larga risonanza in dottrina, in quanto avrebbe costituzionalizzato una inderogabilità *in melius* della legge da parte della contrattazione collettiva nei rispetti della legge, così mettendo in discussione quel che fino ad allora veniva assunto come una sorta di dogma nella materia; ma, vista anche l'evoluzione successiva della giurisprudenza costituzionale, sembra *a posteriori* di poter parlare di una enfatizzazione eccessiva. Sul tema v. S. MAGRINI, *Sulla legittimità costituzionale della predeterminazione legislativa delle variazioni dell'indennità di contingenza nel semestre febbraio-luglio 1984*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 161 ss.; G. PERA, *La Corte Costituzionale sul blocco temporaneo della contingenza,* in *Giust. civ.,* 1985, I, p. 624 ss.; G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano,* cit., p. 317 ss.; M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna, 1986, p. 271 e 299; A. CATAUDELLA, *La legittimità costituzionale degli interventi legislativi sulla contrattazione collettiva nell'elaborazione dottrinale: dalla legislazione c.d. dell'emergenza alla legge n. 219/1984 sulla scala mobile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 343; P. ALLEVA e G. GIUGNI, *Accordi di concertazione e Corte Costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. del. ind.*, 1987, p. 165 ss.

[934] Cass. 12 luglio 1986, n. 4517, in *Foro it.,* 1987, I, c. 510 ss.; Cass. 9 febbraio 1989, n. 813, in *Not. giur. lav.,* 1989, p. 105; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1147, *ivi,* 1988, p. 733; Cass. 27 maggio 1987, n. 4758, in *Riv. it. dir. lav.,* 1988, II, p. 107. Da ultimo, nel senso che "esiste una naturale forma di sovraordinazione delle organizzazioni nazionali su quelle locali ma si pone, comunque, una esigenza di raccordo e di coesione dei diversi livelli di contrattazione sindacale, che formano nell'insieme l'ordinamento sindacale", Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, in *Mass. giur. lav.,* 2004, p. 2.

[935] Cass. S. U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Mass. giur. lav.,* 1997, p. 537 ss.

[936] Cass. S. U. 13 febbraio 1984, nn. 1069, 1070, 1071, 1073, 1075, 1081, in *Orient. giur. lav.,* 1984, p. 42 ss. In dottrina cfr. M. PERSIANI, *Il tramonto del principio della onnicomprensività della retribuzione e il problema dei poteri del giudice sulla contrattazione collettiva*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1557; F. BIANCHI D'URSO, *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984; M. D'ANTONA, *Le nozioni giuridiche di retribuzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, pp. 269 ss. Da ultimo, per una rivisitazione critica, v. L. NOGLER, *Il contratto collettivo quale fonte di regolamentazione della retribuzione-parametro*, in *Lav. dir*., 1994, p. 375; M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p.

[937] Cass. 1 luglio 1998, n. 6427, in *Mass. giur. lav.,* 1998, p. 557 ss. In dottrina P. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. giur. lav*., 1993, p. 576; A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 35.

[938] Cass. S. U. 17 maggio 1996, n. 4570, in *Foro it.,* 1996, I, c. 1989 ss.; Cass., Sez. Un., 10 ottobre 1993, n. 9804, in *Riv. crit. dir. lav.,* 1994, p. 265 ss.; Cass. S. U. 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.,* 1993, I, c. 1795 ss.; Cass. 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giur. it.,* 1994, I, p. 914 ss.

[939] Cass. S. U. 22 marzo 1995, n. 3318, in *Foro it.,* 1995, I, p. 1138 ss.

Casomai è interessante notare come la legittimazione delle Confederazioni, costruita sull'art. 19 co. 1, lett. a) St. lav. e sul collegamento fra l'art. 40 e l'art. 3, co. 2, cost. sarebbe sopravvissuta alla crisi dei due piloni portanti: crisi "fattuale" per il nesso fra uno sciopero a titolarità individuale e principio di uguaglianza sostanziale, dato il processo di terziarizzazione del conflitto, con conseguente prevalenza di una conflittualità corporativa[940]; crisi "legale" per il criterio della "maggior rappresentatività confederale" di cui alla lett. a), prima inflazionato dalla giurisprudenza, poi privato del suo punto di sostegno costituito dall'art. 19, co. 1, lett. a) a seguito del *referendum* abrogativo dell'aprile 1995, anche se recuperato *aliunde* dalla successiva C. cost., 4 dicembre 1995, n. 492[941].

Una risposta tardiva e parziale sarà costituita dalla l. 12 giugno 1990, n. 146 (come modificata dalla l. 11 aprile 2000, n. 83), sulla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, che, al tempo stesso, verrà a riaprire la discussione sulla disponibilità individuale del diritto di sciopero e a introdurre una responsabilità sindacale, debitamente sanzionata.

7.1.2. La contrattazione "delegata" (et alia).

Non è un caso che la concertazione abbia avuto come sua compagna inseparabile proprio la contrattazione "delegata", per una duplice ragione, formale e sostanziale: formale, perché tanta della legislazione che l'ha prevista è stata previamente concordata con le organizzazioni sindacali; sostanziale, perché la delega che la caratterizza è stata ispirata da una politica occupazionale all'insegna di un *trade off* fra maggior flessibilità e tenuta/espansione della base occupazionale. Una vicenda, questa, che si è dispiegata nel corso dell'ultimo trentennio, con i suoi passaggi fondamentali, negli anni 1977-78, 1982-84 (con una coda nel 1985 e nel 1987), 1990-93; fino a culminare, prima, nella l. 24 giugno 1997, n. 196, poi, nella l. n. 30/2003 e nel relativo d.lgs. n. 276/2003, con una crescita quantitativa, ma anche con una mutazione qualitativa. Se pur con qualche forzatura semplificatoria, sembra possibile individuare una sequenza, che ha avuto, come sua prima tappa, la figura elementare di una contrattazione derogatoria *in pejus*, legittimata a ridimensionare la tutela legale, in una logica di mero abbattimento del costo lavoro, normativo ed economico; e, come seconda, una contrattazione regolativa, abilitata ad individuare od ampliare le ipotesi di ricorso ad un contratto o ad un istituto, a modificare un dato regime legale, a fissare percentuali, a prevedere criteri, in una logica di governo del mercato di lavoro *intra* ed *extra*

---

[940] Sul difficile rapporto tra contrattazione collettiva e sciopero, v. le Giornate di studio Aidlass (Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988) *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, con relazioni di M. Rusciano e P. Tosi.
Sul logoramento della nozione di sindacato maggiormente rappresentativo e sull'intento di una sua rivisitazione, v. gli scritti in *Lav. dir.*, 1987, nn. 3 e 4, e 1988, n. 1 e 2, in *La Rappresentatività del sindacato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 5, 1989, ed in Giornate di studio Aidlass (Macerata, 5-6 maggio, 1980) *Rappresentanza e rappresentatività*, con relazioni di B. Veneziani, G. Santoro Passarelli, U. Runggaldier, J. M. Verdier, M. E. Casas Baamonte, Milano, 1989; M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in ID. (a cura di), *Letture di diritto sindacale*, Napoli, XVII; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992;

[941] C. cost. 4 dicembre 1995, n. 492, in *Foro it.*, 1996, I, c. 5 ss. Sul nuovo art. 19 Stat.lav., vedi i contributi in M. MARESCA (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo il referendum*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 1996, 1; P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum. Problemi di applicazione della nuova norma e dibattito sulla riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p 313 ss.; M. D'ANTONA, *Nel "cratere" del referendum sulla rappresentatività sindacale (lavoro pubblico e privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi)*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 335 ss.

aziendale, con una progressiva conquista di autonomia ed auto-sufficienza della contrattazione gestionale[942].

Quel che interessa, è se tale vicenda ci abbia restituito un contratto collettivo diverso: con riguardo alla sua natura, ricostruibile come "fonte" normativa o pur sempre, come "atto di autonomia privata" e/o con rispetto alla sua efficacia, configurabile come estesa *erga omnes* o pur sempre ristretta *intra partes*. Una questione, questa, che ha finito per costituire un vero e proprio campo di battaglia per la dottrina e per la giurisprudenza, con un un'alluvione di contributi e interventi, senza, peraltro, raggiungere un tranquillante *ubi consistam.* Sia chiaro, non tanto circa la natura, che, a parte una significativa eccezione[943], è stata mantenuta esente da qualsiasi significativa contaminazione, sì da rimanere quella originaria di un contratto collettivo di diritto comune; quanto circa l'efficacia, che, a ben guardare, riveste qui una duplice rilevanza, logica e sistematica: di relazione fra le "fonti", legge e contratto collettivo; di individuazione degli ambiti applicativi, *erga omnes* o *intra partes*.

Il tutto è stato complicato dall'assenza di un coerente disegno da parte del legislatore, costretto, *bon grè mal grè,* ad un approccio congiunturale, con un andamento discontinuo nel tipo di intervento legislativo, temporaneo o definitivo; e nel modello di contratto prefigurato: quanto all'agente (il sindacato maggiormente rappresentativo o comparativamente più rappresentativo ovvero il sindacato *tout court*); al livello negoziale (nazionale o aziendale); all'inquadramento (quale "fattispecie", considerata come autonoma o come parte di una procedura complessa); alla funzione (inquadrabile come "derogatoria *in pejus*", "regolativa", " gestionale")[944].

Ora, prima di avventurarci oltre, occorre premettere che la regola generale per eccellenza deve essere ricercata nell'art. 39 cost. Nonostante il ricorrente tentativo dottrinale di dedurre dal suo primo comma (in quanto tale da costituzionalizzare il "tipo") o addirittura dai suoi commi secondo e ss. (in quanto tali da legittimare fin d'ora l'estensione generalizzata dello stesso contratto nazionale, per via di una legge ordinaria rispettosa del principio di maggioranza) un'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, rimane insuperabile l'ostacolo costituito dal testo costituzionale. Proprio una lettura dell'art. 39, c. 1, che ritenga coperta dalla libertà di organizzazione sindacale la contrattazione di diritto comune, contrasta con una attribuzione di efficacia generalizzata alla stessa contrattazione aziendale, che, all'estremo, potrebbe essere giustificabile solo in presenza

---

[942] Contrattazione "delegata" è un'espressione convenzionale, utilizzata dalla dottrina per indicare quella contrattazione cui la legge rinvia, con una delega che la dota di un'efficacia ulteriore rispetto alla propria, con riguardo alla disciplina legale e/0 alla platea dei destinatari, in vista e ragione della rilevanza pubblica attribuita all'esercizio della stessa delega. Su tale contrattazione la dottrina è assai copiosa : per una ricognizione della tipologia dei rinvii, v. M. G. MATTAROLO, *Clausole di riserva sindacale, contrattazione collettiva "integrativa", efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 403 ss.; e, dopo il d.lgs. n. 276/2003, M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l''impatto sul sistema delle relazioni industriali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 635 ss.; F. CARINCI , *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, I, p. 4 ss.; P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Torino, 2005, p. 77 ss.

[943] G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, cit. Ma *contra* G. PERA, *Un libro e un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 529 ss.; P. TOSI, *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 364 ss.; L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 403 ss.; G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 246 ss.

[944] V. gli autori citati alla nota 102.

di una "parte sindacale" trattante, rispettosa di un principio uguale od analogo a quello rispecchiato nell'ultimo comma dello stesso articolo, cioè di una rappresentanza "effettiva". Mentre poi, i cc. 2 e ss. impediscono tale attribuzione al contratto collettivo nazionale, come confermato dall'orientamento del Giudice delle leggi, assunto all'inizio del decennio '60 e mantenuto fermo, almeno di principio, per tutto il successivo mezzo secolo.

Si potrebbe sostenere che questo valga solo per la funzione tipica della contrattazione collettiva, cioè quella "normativa", coperta da una riserva di competenza nei confronti della stessa legge, sia pur nei limiti in cui la più recente giurisprudenza costituzionale è giunta a riconoscerla; non, invece, per un'eventuale funzione aggiuntiva, che, casomai potrebbe essere sindacata dalla Corte costituzionale in base ad altri parametri come l'art. 3, c. 1, e come lo stesso art. 39, c. 1, in quanto la modalità della delega risulti non ragionevole o discriminatoria. Un *distinguo* non facile, dato il progressivo ampliamento dei contenuti della "contrattazione collettiva", come messo in luce da Raffaele De Luca Tamajo già in un saggio del 1985[945], ma con una qualche rispondenza alla stessa giurisprudenza costituzionale [946].

La prevalente dottrina e la giurisprudenza non hanno fatto proprio questo *distinguo*, probabilmente perché non solo difficile, ma tale da rimettere in discussione il duplice caposaldo di un diritto sindacale radicato nell'*humus* privatistico[947]: dato, il primo, da una nozione di libertà di organizzazione sindacale *ex* art. 39, c. 1 dilatata fino all'autoreferenzialità, sì da ricomprendere una contrattazione collettiva a tutto campo; costituito, il secondo, da una figura di contratto collettivo di diritto comune, riconosciuta *ex* art. 1322 c.c. e protetta *ex* art. 39, c.1 cost., che ha la sua causa socialtipica nella composizione degli interessi delle parti contrapposte: la legge può

---

[945] R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1985, I, p. 16 ss. V., ora, M. MAGNANI, *Articolazione funzionale e tipologica dei contratti collettivi,* in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione* (atti del 12. Congresso nazionale Aidlass - Milano, 23-25 maggio 1997), Milano, p. 216.

[946] Cfr. G PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano,1989, p. 116 ss., secondo cui l'art. 39 co. 2 ss. cost. riguarderebbe soltanto le competenze "originarie" della contrattazione collettiva, sì da non entrare in gioco a fronte delle ipotesi di rinvio, che riguardono interessi generali solo "occasionalmente" coincidenti con quelli collettivi.
Di certo la giurisprudenza costituzionale mostra una certa insofferenza rispetto ad un'interpretazione rigida dell'esclusione di qualsiasi via alternativa a quella prefigurata dall'art. 39, co. 2 ss. cost., così come deducibile dalla risalente Corte cost. n. 106/1962, cit.; tant'è che trova una scappatoia ogniqualvolta considera di dover salvare una legge, per *self-restraint* o per condivisione consapevole: Corte cost. n. 34/1985, cit., per le trattative triangolari Governo-organizzazioni sindacali; Corte cost. n. 268/1994, cit., per la contrattazione in materia di criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità; Corte cost. n. 344/1996, cit., per la contrattazione in tema di prestazioni indispensabili nello sciopero nei servizi pubblici essenziali; Corte cost. n. 309/1997, cit. per la contrattazione nel pubblico impiego.
Non solo, perché, Corte cost. n. 344/1996 contiene un *obiter dictum*, significativo, anche se estraneo al filone argomentativo principale: vi si legittima la delega alla contrattazione collettiva di "funzioni normative con efficacia generale", ricostruendo quest'ultima come "fonte di diritto *extra ordinem* destinata a soddisfare esigenze ordinamentali che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, comma 4 Cost."; per, poi, concludere che tale delega è giustificata "quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro", cosa che esemplifica col richiamare i casi di lavoro part-time, i contratti di solidarietà, le ipotesi di assunzione a termine.

[947] Ma per M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice,* in *Lav. dir.,* 1990, nn. 3 e 4, rispettivamente pp. 355 e 549, l'insieme dei rinvii costituisce "un sotto sistema lavoristico che si viene sempre più autonomizzando per differenziazione, ed in modo anche antagonistico rispetto al diritto privato" (p. 366).

utilizzare il contratto collettivo per una finalità generale, dotando lui o certe sue clausole di un'efficacia "rafforzata", ma senza snaturarne il carattere di libero accordo[948].

La discussione si è concentrata su questa efficacia "rafforzata", secondo la già vista duplice prospettiva, che, però, non viene sempre colta con piena consapevolezza e coerenza[949]. Sulla questione a monte, della relazione fra le "fonti" (legge e contratto collettivo) c'è un ampio ventaglio di ipotesi: il contratto collettivo come oggetto di un rinvio "materiale" da parte della legge; oppure il contratto collettivo come concluso da un datore di lavoro legittimato ad hoc dalla legge; oppure, ancora, il contratto collettivo come contratto-fatto, cioè assunto come tale, ma declassato a " fatto" nel meccanismo causale, tale da non produrre, ma solo far scattare l'effetto derogatorio o regolativo, direttamente riconducibile all'intervento legislativo o al procedimento ivi previsto[950]. Lo stesso ampio ventaglio di ipotesi si riproduce, non sempre secondo una *consecutio* logica sulla questione a valle, dell'estensione degli ambiti applicativi, con una tendenza a privilegiare una efficacia *erga omnes,* sia in via generale, sia ipotesi per ipotesi [951]. Certo, una volta messisi sulla strada dell'*erga omnes*, torna, riacutizzata all'estremo, la problematica della contrattazione separata, che non sembra affatto risolta dalla sostituzione della figura del sindacato maggiormente rappresentativo con quella del sindacato comparativamente più rappresentativo[952].

Addentrarsi oltre, significherebbe perdersi in un meandro enormemente ramificato; sicché credo saggio prendere a guida Massimo D'Antona, che in un articolo del 1987[953], ridimensionava l'impatto sistematico del fenomeno, ritenendo che sfiorasse solo il nucleo centrale dell'ordinamento del lavoro, tutt'ora saldamente ancorato al modello strutturale "privatistico-collettivo"; ed al tempo stesso ne offriva una ricostruzione consapevole sì della sua novità in termini di "tecnica" (procedimentale) e di "funzionalizzazione" (pubblica), ma non incompatibile con quel modello. Nell'ambito di una panoramica assai ampia ed articolata, egli individuava due tipologie

---

[948] Come detto, la tesi del tutto prevalente è quella per cui il contratto collettivo oggetto di rinvio rimane atto di autonomia privata: in tal senso M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro,* in *Arg. dir. lav.,* 2004, p. 13 ss.; M. DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti,* in *Dir. lav. rel. ind.,* 2002, p. 518 ss.; e con una continuità di ispirazione seppur con una diversità di ricostruzione sistematica, v. S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986; ID., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993; F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993.

[949] Cfr. la descrizione dell'intreccio e della complessità delle relative problematiche in L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come "fonte": teorie ed applicazioni,* in R. SANTUCCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., pp. 3 ss.

[950] V. per una ricognizione di queste varie tesi P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro,* cit., p.96 ss.

[951] Pur restando fedele alla tesi per cui il contratto collettivo oggetto di rinvio rimane pur sempre un atto di autonomia privata, la dottrina favorevole a riconoscergli una efficacia generalizzata, sembra classificabile secondo una duplice variante: la prima "forte", per cui pare possibile dare una lettura unitaria agli sparsi dati normativi esistenti e così fondare un'efficacia *erga omnes*: P. ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e nell'ordinamento statale,* in *Riv. giur. lav.,* 1975, I, pp. 457 ss. e M. V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1989, I, p. 357 (spec. 396 ss., pur in maniera problematica); la seconda "debole" che riconducono l'eventuale efficacia *erga omnes* alle specificità che di volta in volta contrassegnano le diverse ipotesi: M. MAGNANI, *Commento all'art. 1, legge 19 dicembre 1984, n. 863,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 1985, pp. 817 ss.; M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigorosità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa,* cit., pp. 7 ss.; F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991,* in *Riv. giur. lav.,* 1993, I, p. 40, nota n. 69.

[952] Sulla nozione v. MAGNANI, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997,* in M. NAPOLI (a cura di), *Il Pacchetto Treu*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1997, pp. 261 ss.; G. PERA, *Note sui contratti collettivi pirata*, in *Riv. it. dir. lav.,* 1997, I, pp. 381 ss.

[953] D'ANTONA M., *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav*., I, 1987, p. 226 ss.

destinate a rimanere centrali. Sul fronte della "protezione dei mercati del lavoro interni delle imprese industriali in crisi", anticipava quello oggi conosciuto come "contratto gestionale", prendendo ad oggetto il caso dell'intervento straordinario della Cig, dove l'eventuale accordo collettivo – sulla distribuzione delle sospensioni, sui criteri di scelta, etc. – "…non è altro che una forma di limitazione convenzionale del potere del datore di lavoro". Sull'altro fronte del "controllo sull'occupazione flessibile", configurava l'esistenza di contratti collettivi di autorizzazione "tipici", rispetto cui i rinvii legislativi opererebbero nel senso di conferire una speciale legittimazione negoziale, senza peraltro comportare di per sé una alterazione della loro efficacia, ristretta ai datori di lavoro che abbiano sottoscritto, individualmente o per mezzo della propria associazione".

Il "contratto gestionale" – così come ricostruito *ex* art. 5 della l. 23 luglio 1991, n. 223 – verrà costituzionalizzato dal Giudice delle leggi, con sent. 22 giugno 1994, n. 268[954], come un passaggio del procedimento che il datore deve seguire per esercitare il proprio potere *ab origine* unilaterale, sì da ricollegarvi l'efficacia *erga omnes*, senza alcun contrasto con l'art. 39 cost. Ed il contratto di autorizzazione servirà ad inquadrare varie tipologie, dove il rinvio al contratto collettivo verrà letto ed interpretato, secondo l'approccio già visto.

Il titolo del paragrafo parla di contrattazione "delegata" *et alia,* facendo presumere con la criptica espressione latina, che c'è stata una coda riconducile, ma non sempre riassorbibile nella contrattazione "delegata". Da quel saggio di Massimo D'Antona, tanta acqua è passata sotto i ponti, con una tendenza dottrinale a dilatare la figura del contratto "gestionale", ogniqualvolta un potere datoriale, in origine libero, venga procedimentalizzato, non solo *ex lege*, ma anche *ex contractu*; e con una legislazione quale quella tipizzata nella legge 12 giugno 1990, n. 146 e, ora, nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

La l. n. 146/1990 chiama in causa la contrattazione collettiva per la determinazione delle prestazioni indispensabili e delle misure idonee ad assicurarne la erogazione, se pur con l'assistenza della Commissione di garanzia. Anche qui la prevalente dottrina ha cercato di leggerla senza mettere in discussione la efficacia obbligatoria del contratto collettivo, ritenendolo sia meramente ricognitivo del contenuto del diritto di sciopero, quale deducibile dall'art. 40 cost., come sostenuto dal precedente indirizzo giurisprudenziale del Giudice delle leggi sugli artt. 330 e 333 c.p.; sia un momento di un processo concluso con l'approvazione della Commissione di garanzia e/o con la ricezione nel regolamento di servizio. La Corte, con sent. 18 ottobre 1996, n. 344 [955], ha ripercorso lo stesso itinerario con cui aveva precedentemente varato il contratto gestionale, cioè della limitazione del potere unilaterale del datore di lavoro, proprio tramite la ricezione nel

---

[954] C. cost. 22 giugno 1994, n. 268, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 314 ss. in dottrina v.; G. PROSPERETTI, *I limiti dell'autonomia collettiva nella fissazione dei criteri di scelta per la collocazione in mobilità,* in *Dir. lav.,* 1994, I, pp. 523 ss.; M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.,* 1999, p. 1 ss.; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione,* cit., p. 64 ss.; G. NATULLO, *La contrattazione "gestionale": distinzioni reali ed apparenti dal contratto "normativo",* in R. SANTUCCI - L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004, pp. 49 ss. (qui p. 51).
In giurisprudenza la "tipologia" del contratto gestionale è stata oggetto di studio e di applicazione soprattutto dopo il *referendum* del giugno 1995, di modifica dell'art. 19 St. lav.; in proposito v. Cass. 20 settembre 2004, n. 19271, in *Riv. it. dir. lav.,* 2005, II, p. 549 ss. Si sofferma sulla distinzione tra accordo e contratto (intendendo il primo come gestionale ed il secondo come normativo) Cass. 23 marzo 1998, n. 3057, in *Riv. it. dir. lav.,* 1999, II, p. 197.

[955] C. cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *Arg. dir. lav.,* 1997, p. 249 ss. sul cui percorso argomentativo cfr. A. VALLEBONA, *L'efficacia soggettiva degli accordi in materia di scelta dei lavoratori da licenziare e di individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei s.p.e.*, in *Dir. lav.,* 1996, I, p. 542 ss. e E. GRAGNOLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali ed efficacia soggettiva dei contratti sulle "prestazioni indispensabili"*, in *Arg. dir. lav.,* 1997, n. 5, p. 143 ss.

regolamento di servizio; un itinerario inerziale, che la modifica della l. n. 140/1990 – intervenuta con la l. 11 aprile 2000, n. 83 – avrebbe rimesso in discussione.

Un salto tale da avvicinarsi al limite di rottura si è avuto con la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, realizzata nell'arco di circa un decennio, per via di due leggi delega, la n. 421/1992 e la l. n. 59/1957, con un unico filo rosso costituito dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, corretto e ricorretto, fino a metter capo al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Ripercorrerlo qui sarebbe fuori luogo, visto che è sufficiente evidenziarne tre punti di "eccesso di carico" rispetto al modello del contratto collettivo di diritto comune assunto come referente, nel contesto di una riconduzione dell'intero universo del lavoro subordinato nell'ambito del diritto del lavoro privato.

Il primo, più noto e rilevante, è costituito dall'aver dotato il contratto di comparto e decentrato di efficacia generalizzata, per via di una serie di congegni ritenuti idonei a contrastare un'eventuale eccezione di incostituzionalità: la rappresentanza legale affidata all'Aran e la costituzione a carico delle pubbliche amministrazioni di un duplice obbligo, di osservare gli obblighi scaturenti dai contratti; di garantire la parità di trattamento a tutti i propri dipendenti e, comunque, un trattamento non inferiore a quello previsto dai medesimi contratti. Il dibattito dottrinale è stato ampio; ma è stato anche se non sedato, certo condizionato dall'intervento del Giudice delle leggi, che ancora una volta, con la sent. 16 ottobre 1997, n. 309, ha sterilizzato l'art. 39, co. 2 e ss., con un argomento così artificioso, da confermare un indirizzo teso ad un rispetto più formale che sostanziale del testo costituzionale. A farla breve l'efficacia generalizzata sarebbe riconducibile, per le pubbliche amministrazioni, all'esistenza di un obbligo *ex lege* ad osservare i contratti collettivi di riferimento, di per sé privi di tale efficacia; e per i singoli lavoratori, alla presenza, nei loro contratti individuali, di una clausola di rinvio [956].

Il secondo punto di eccesso di carico è stato rappresentato dall'ormai esaurito "meccanismo di trasformazione", che prevedeva la sostituzione/soppressione della precedente disciplina legislativa e regolamentare per via della contrattazione collettiva, con una vera e propria rivoluzione nella gerarchia delle fonti. Qui la dottrina lavoristica prese a prestito da quella pubblicistica un'interpretazione elaborata a proposito della delegificazione per via regolamentare, adattandola alla bisogna: la legge avrebbe assunto la futura contrattazione collettiva come un mero "fatto", cui ricollegare un'efficacia "abrogativa" riconducibile alla legge stessa [957]. E se il "meccanismo di trasformazione" sarà destinato ad esaurire il suo scopo, l'interpretazione in parola resterà nella dotazione dello studioso, sì da esser ripresa con riguardo alla contrattazione delegata.

Il terzo ed ultimo punto è dato da un "presidio" introdotto a difesa della competenza contrattuale, che, nella sua versione ultima, prevede: "Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale". Il problema si complica, perché tale

---

[956] C. cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Riv. it. dir. lav.,* 1998, II, p. 33 ss.; v. anche C. cost. 22 luglio 2003, n. 268 (ord.), in *Lav. pubbl. amm.,* 2003, p. 895 ss.

[957] V. SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo* in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d. lgs. 29/1993 alla finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 123 ss.; nonché A. RICCARDI - V. SPEZIALE, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, vol. I, p. 156 ss.

disposizione legislativa attribuisce alla contrattazione la forza di togliere efficacia ad una legge o un regolamento non precedenti, ma successivi alla disposizione medesima. Sicché, dopo aver tentato di applicare anche qui l'interpretazione della contrattazione collettiva "fatto", si è dovuto ripiegare su una sua valenza meramente "interpretativa": la legge e i regolamenti successivi dovrebbero essere letti come se intendessero essere a termine, fino al varo dei rinnovi contrattuali.

Il limite di rottura non è stato superato, ma certo lo si è sfiorato molto da vicino [958]. Ma esclusa a tutt'oggi la configurabilità del contratto collettivo del pubblico impiego privatizzato come "fonte normativa", dotata *ex se* di efficacia *erga omnes* e addirittura funzionalizzata [959], certo non è possibile identificarlo *in toto* con quello di diritto comune, perché "tipizzato" come figlio di un procedimento *ad hoc* e seguito da un corteo peculiare: la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, l'interpretazione "autentica", la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione delle clausole contrattuali. E tale modello, non è stato privo di *vis attractiva* rispetto a quello di diritto comune proprio del settore privato, a livello sia legislativo, dove il novellato art. 360, n. 3 c.p.c. estende i motivi di ricorso in Cassazione alla violazione e falsa applicazione anche delle clausole dei contratti e accordi collettivi di lavoro; sia giurisprudenziale, dove l'indirizzo consolidato a favore del ricorso al "codice ermeneutico" costituito dagli artt. 1362 ss. c.c., è stato rimesso in discussione da un recente orientamento della Suprema Corte, favorevole ad un metodo autonomo, per cui quel codice dovrebbe essere integrato "con le regole che formano il c.d. diritto vivente del lavoro", a dire il vero poco chiaro e poco persuasivo[960].

Del lungo fiorire di contrattazione delegata nel passaggio da un secolo all'altro, fino all'attuale sbocco nel d.lgs. n. 276/2003, non è possibile occuparsi, se non per sottolinearne alcuni cambiamenti di rotta [961]. Quello che nel decreto colpisce *ictu oculi* è il tramonto della gloriosa nozione

---

[958] Sulla natura del contratto collettivo nel settore pubblico privatizzato, v. nel senso della specialità, G. U. RESCIGNO, *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, in *Lav. dir.*, 1993, p.553; S. SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 485ss.; M, RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, negli atti del Congresso Aidlass (L'Aquila, 31 maggio-1 giugno 1996) *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1997, 69 ss.; G. GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle parti*, ivi, p.91 ss.; nel senso della riconducibilità alla disciplina del contratto collettivo di diritto comune, T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e strutture*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 1 ss.; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1996, p.35 ss.; A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le trasformazioni*, atti Aidlass cit., 3 ss.; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privarizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 621 ss.; M. MAGNANI, *Legge, sindacato e autonomia collettiva*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 181 ss.; F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 55 ss.; M. BARBIERI, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo nazionale*, in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (diretto da), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario* cit., I, p. 353.

[959] V. M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, cit., p. 69 ss. Di recente, per una rilettura in chiave di fonte normativa, v. M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro: all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* cit., 2005.

[960] Da ultimo v. le due monografie di E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000; e di A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, 2004, cui *adde* R. FLAMMIA (a cura di), *Interpretazione dei contratti collettivi di lavoro* e *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Roma, rispettivamente 1999 e 2000. Il dibattito è stato arricchito da *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, n. 1, *L'interpretazione del contratto collettivo*, con saggi di G. Amoroso, M. Persiani, R. De Luca Tamajo, G. Vidiri.

[961] Il dibattito in dottrina è stato ed è estremamente intenso, v. M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna,* Napoli, 1990; M. RUSCIANO, *prospettive di riforma tra "deregulation" e nuove regole*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 289 ss.; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1992, pp. 515 ss.; e i vari contributi in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro,* cit.; e in Atti delle giornate di studio dell'Aidlass (Abano

del "sindacato maggiormente rappresentativo", già superato per il pubblico impiego da quella del "sindacato rappresentativo" in ragione del superamento di una "soglia" mista, associativa-elettiva, e reso obsoleto per lo stesso impiego privato dal referendum abrogativo del 1995. Al suo posto emergerà fino a generalizzarsi quella del sindacato "comparativamente più rappresentativo"[962], di cui l'unica cosa chiara è l'esplicita opzione a favore della "comparazione" rispetto alla "soglia di accesso": una sorta di ritorno al passato precedente a quella C. cost. n. 54/1974 che, peraltro considerava qui compatibile con il dettato costituzionale solo la seconda opzione. A prescindere da questo, il cambiamento lascia aperto il problema dell'eventuale dissenso intersindacale, che probabilmente voleva così risolvere; mentre consacra definitivamente la rottura di coordinamento "soggettivo" fra i vari livelli contrattuali, legittimando l'effettuazione della "comparazione" in modi e termini del tutto asistematici, circa i livelli di contrattazione e circa gli ambiti rispetto a cui effettuare la comparazione, come ho avuto occasione di mettere in evidenza in un mio scritto del 2004 [963]. Il secondo dato è costituito dalla previsione di un potere "sostitutivo ministeriale", per cui nel caso di uno stallo della contrattazione collettiva in quelle ipotesi in cui ciò si risolverebbe in un blocco delle discipline legali, un decreto interviene a render accessibili tali discipline, sia pur temporaneamente. Il terzo, dal *bypass* della contrattazione collettiva a favore dell'autonomia individuale, sia trasformando il precedente limite collettivo in motivo giustificatorio di esercizio di un potere unilaterale del datore di lavoro (v. il contratto a termine), sia eliminandolo a *pro* di un accordo diretto fra datore e lavoratore (v. il *part-time*). Il quarto, quello più enfatizzato e discusso, dal tasso di flessibilità in ingresso, introdotto nel sistema, tramite una moltiplicazione delle fattispecie.

Con riguardo al rapporto fra legge e contrattazione collettiva, la dottrina ha ripreso a tessere la sua tela, peraltro più o meno sullo stesso telaio già utilizzato in passato. Ma per quanto ammaccato, il vecchio contratto collettivo di diritto comune è ancora qui con noi, sopravvissuto per lo stesso motivo per cui era stato partorito nell'immediato dopoguerra: cioè per quel "vuoto" di attuazione dell'art. 39 co. 2 e ss., che né si vuole riempire con una legge ordinaria, né si riesce a reinterpretare con una lettura aggiornata [964] o ad eliminare con una legge costituzionale. A guardia del dettato costituzionale resta la Corte costituzionale, che, sia pur con qualche acrobazia, è riuscita a conciliarlo con il nuovo che avanzava, in questo preceduta, accompagnata, seguita da gran parte della dottrina. Il problema non è solo formale, ma anche sostanziale, perché, parafrasando il celebre principio "*no taxation without representation",* non si può concedere un potere normativo, senza risolvere prima il problema della rappresentanza; tant'è che la stessa riconduzione del contratto collettivo del settore pubblico privatizzato al comune *genus* privatistico, sì da

---

Terme, 21-22 maggio 2004) sul tema *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, relatori M. NAPOLI e C. ZOLI. Da ultimo F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo* cit., p. ss.; nonché la tabella n. 6, in appendice al manuale F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Il diritto sindacale,* Torino, 2006 (V ed.), p. 314 ss.

962 Sul significato della formula cfr. M. MISCIONE, *Il lavoro interinale fra contratto di lavoro e contratto di fornitura,* in *Dir. prat. lav.*, 1997, 30, p. 2076 ss.; P. GRECO, *Dalla rappresentatività presunta a quella comparativa - verso la democrazia sindacale?*, in *Lav. prev. oggi*, 1998, p. 2142 ss.; per una sua lettura in chiave "continuista", P. TOSI, *L'ordinamento italiano,* in *Introduzione al diritto del lavoro*, Bari, 2004, p. 177 ss.

963 F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo,* cit.

964 Cfr. M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, cit., p. 65 ss.

evitarne un giudizio negativo ai sensi dell'art. 39 cost., è stata certo facilitata dall'esistenza di una duplice "soglia" quantitativa, di legittimazione degli sindacati trattanti e di validità dell'accordo raggiunto [965].

Se questo è vero, ne dovrebbe seguire l'adozione di un prontuario ermeneutico articolato sul criterio di "tipicità". Nel caso di un rinvio riconducibile al contratto collettivo di gestione, sarebbe da verificare l'esistenza di un effettivo potere unilaterale del datore *ab origine*, fermo restando che il suo esercizio effettuato secondo l'accordo raggiunto, resterebbe pur sempre assoggettato al regime generale di tale potere, sì, ad esempio, da poter essere sanzionato in quanto discriminatorio. In ogni altro caso di rinvio, si dovrebbe partire dalla presunzione che il contratto collettivo mantiene il suo carattere di diritto comune, sì da non poter essere provvisto di un'efficacia *erga omnes,* a meno che non sia collocato nell'ambito di un procedimento idoneo a spiegare tale efficacia. E, nel dubbio, sarebbe più corretto fermarsi, senza presumere di svolgere un ruolo di *supplenza*, che mette in gioco un valore costituzionale, quale quello della libertà di organizzazione sindacale *ex* art. 39, co. 1, ancor prima e più di entrare in conflitto con l'art. 39, co. 2 ss.: si può e si deve lasciare spazio anche al principio di effettività, cioè di un'estensione dell'efficacia affidata alla prassi.

Per chiudere è certo significativo che quanto previsto dall'Accordo sulla politica sociale ed ora incorporato nel Trattato di Amsterdam, circa la possibilità degli Stati membri di "affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito" di dare attuazione alle direttive comunitarie varate nell'ambito del dialogo sociale, abbia sì alimentato un vivace dibattito dottrinale circa la legittimità costituzionale *in casu* di un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*; ma senza trovare alcuno sbocco [966], perché tale attuazione è avvenuta per legge, ed anche quando la legge, come da ultimo il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, chiama in causa la contrattazione collettiva, in funzione integrativa, se resta discutibile che la fornisca o meno della sanzione amministrativa pecuniaria prevista per la violazione del decreto, certo non la dota di alcuna efficacia *erga omnes.*

7.2. Il contenimento del conflitto collettivo.

In questo paragrafo verrà considerato l'altro *trend,* che caratterizza il processo evolutivo del diritto sindacale post-statutario, anch'esso segnato da un duplice aspetto: quello di un movimento dal contropotere sindacale al coinvolgimento dei lavoratori e, rispettivamente, quello di un processo dal confronto "diretto" al confronto "mediato" da un terzo.

7.2.1. Dal contropotere sindacale al coinvolgimento dei lavoratori.

Se è possibile trovare un corposo precedente nello sviluppo che procede dai contratti collettivi del 1977 fino ai contratti di comparto del pubblico impiego privatizzato, con un ricco ed articolato campionario di informazioni, consultazioni, esami congiunti, codecisioni, pur tuttavia il colpo di acceleratore è stato dato al nostro ordinamento dal diritto comunitario: il d.lgs. n. 2 aprile 2002,

---

[965] In materia v. D. GOTTARDI, *Organizzazione sindacale e rappresentanza dei lavoratori in azienda*, Padova, 1989; P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, 2000; G. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale: quale modello di democrazia per il sindacato?*, Torino, 2004; S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Padova, 2005.

[966] Cfr. in proposito (in chiave problematica), M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 363 ss.

n. 74 attua la Direttiva 1994/45 sull'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie; il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 188, la Direttiva 2001/86, sul completamento dello statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, la Direttiva CE 2002/14, sull'informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese e nelle unità produttive, con almeno cento dipendenti[967].

L'impatto è non solo quantitativo, ma anche qualitativo, perché il diritto comunitario si muove in una logica non conflittuale, ma cooperativa, all'insegna di una valorizzazione dell'impresa non come "terreno di scontro" per un contro-potere sindacale che si serve dei diritti sindacali, come strumenti al servizio del conflitto, se non nello Statuto certo nella sua prassi applicativa; ma come "bene collettivo", per un potere sindacale responsabilizzato rispetto all'andamento produttivo ed economico-finanziario della stessa impresa. Per una sorta di associazione di idee torna alla memoria quella giurisprudenza della Cassazione[968], la quale ridimensionò sì i limiti "interni" interni del diritto di sciopero, ma aggiunse il limite "esterno" costituito dalla "produttività dell'azienda", in quanto funzionale alla ripresa dell'attività produttiva e, quindi, alla continuità dell'occupazione.

Concentrandoci qui sull'ultimo e più importante dei decreti legislativi citati, il d.lgs. n. 25/2007, c'è da osservare come – quanto ai destinatari – menzioni, da un lato, colui che esercita un'impresa, anche non a fini di lucro, con un organico di almeno cento dipendenti, per l'impresa nel suo complesso o per la singola unità produttiva, così limitando il suo ambito applicativo alla medio-grande realtà occupazionale; e, dall'altro, i rappresentanti dei lavoratori ai sensi di legge e degli accordi interconfederali 20 dicembre 1993 e 27 luglio 1994 o, comunque, dei contratti collettivi applicati, così confermando il favore per quel modello *single channel*[969]*,* centralizzato e legittimato dall'alto, già proprio dello Statuto, ma, come detto, con un chiaro cambio di segno, da conflittuale a cooperativo, rispetto all'uso fattone nel dopo-Statuto.

Quanto all'oggetto ed ai modi, l'art. 4, co. 3 individua per l'informazione e la consultazione tematiche macro (andamento e situazione sia economica che occupazionale, decisioni "suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro…"); e l'art. 1, co. 2 rinvia per la determinazione delle "modalità di informazione e consultazione" al contratto collettivo di lavoro, precisando che questa deve avvenire "in modo tale da garantire comunque l'efficacia dell'iniziativa, attraverso il contemperamento degli interessi dell'impresa

---

967 In generale sul tema dei diritti di informazione v. M. D'ANTONA, *Programmazione e diritti sindacali di informazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1981, 12, p.597 ss.; G. G. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 751 ss.; A. PERULLI, *I diritti di informazione*, Torino, 1991; E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996. Da ultimo su informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori nella gestione dell'impresa vedi L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 373 ss.; P. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2005, p. 321 ss.
Sui decreti di attuazione nell'ordinamento italiano delle direttive europee in materia cfr. G. DONDI, *Comitati aziendali europei: il d.lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della direttiva n. 94/45/CE*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 103 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di* governance *e democrazia economica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 243 ss.; ID, *La fine annunciata del modello partecipativo nello Statuto della Società Europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, p. 35 ss.

968 Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Foro it.,* 1980, I, c. 25.

969 V. F. CARINCI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione: la via italiana,* in C. ASSANTI (a cura di), *Dallo statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea,* Milano, 1991, p. 203 ss.; M. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile),* in *Riv. giur. lav.,* 1992, I, p. 137 ss.

con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, nel rispetto dei reciproci diritti ed obblighi"

Il *punctum dolens*, però, è rappresentato dall'ampiezza e genericità delle clausole utilizzate, per definire gli obblighi di informazione e consultazione destinati ad essere messi a punto dalla contrattazione collettiva: per l'art. 4, l'"informazione avviene secondo modalità di tempo e contenuto appropriato allo scopo ed in modo da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione"; per lo stesso art. 4, co. 5, la consultazione avviene secondo un concorso di criteri, ben cinque, elencati nelle lettere a-e, di cui i più rilevanti appaiono essere quelli *sub* a) ("secondo modalità di tempo e contenuto appropriato allo scopo"), *sub* d) ("in modo tale da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di incontrare il datore di lavoro e di ottenere una risposta motivata all'eventuale parere espresso"), *sub* e) ("al fine di ricercare un accordo sulle decisioni del datore di lavoro…).

Proprio tale ampiezza e genericità conferma l'approccio cooperativo, perchè altrimenti ne conseguirebbe una vertenzialità ingestibile, capace di tradursi in una serie aperta di contestazioni circa l'osservanza di obblighi estesi fino al trattare in buona fede, come ben testimonia quella lett. e) ricordata per ultima.

7.2.2. Dal confronto "diretto" al confronto "mediato" da un terzo.

Più articolato e complesso è il passaggio dal confronto "diretto" al confronto "mediato" da un terzo, anch'esso radicato nel passato, ma caratterizzato da un crescendo, certo riconducibile all'accresciuto costo economico e sociale del conflitto: specie per il suo effetto macro nel terziario, ma anche per il suo impatto micro nelle aziende. Si è articolato questo ultimo *trend,* a seconda che il terzo chiamato in causa sia in prima battuta la Commissione di garanzia o il Giudice, perchè in seconda battuta la parola spetta sempre al Giudice.

7.2.2.1. La Commissione di garanzia.

La l. n. 146/1990[970] è stata citata nel corso di questo scritto per l'impatto esercitato sul nostro diritto del lavoro sotto un triplice aspetto. *In primis* perché è venuta a riaprire il dibattito sulla disponibilità individuale del diritto di sciopero, sia, direttamente, subordinando l'esercizio legittimo alla comunicazione scritta, data con debito preavviso, della durata, delle modalità di attuazione e delle motivazioni, nonché alla garanzia delle prestazioni indispensabili: il che richiede di

---

[970] Sugli *iter* formativi della l. n. 146/1990 e n. 83/2000, F. CARINCI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali; dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, p. 457 ss.; M. RUSCIANO, *L'*iter *formativo della legge n. 83/2000*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, p. 915 ss.
Fra i molti commenti, v. sulla legge nel testo originario M. RUSCIANO - G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizipubblici essenziali*, Milano, 1991; U. ROMAGNOLI - M. V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Bologna-Roma, 1994; sul testo come novellato nel 2000, P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, 1999; AA.VV., *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici* essenziali, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 25, 2001; A. PILATI, *I diritti di sciopero*, Padova, 2004. L. MENEGHINI - M. MISCIONE - A. VALLEBONA, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Padova, 2000; M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p.69 ss.; M. RICCI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali: un primo bilancio,* in *Scritti in onore di Giusepe Suppiej* cit., p. 853 ss; nonchè con riguardo al profilo comparato e comunitario E. ALES, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale ed autotutela. Spunti comparatistici*, Torino, 1995; G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003.

avere alle spalle un'organizzazione; sia, indirettamente, contemplando una responsabilità sindacale debitamente sanzionata[971]. Poi, perché è intervenuta a rendere ancora più caldo il confronto su natura ed efficacia della contrattazione "delegata", investendola del compito di individuare le prestazioni indispensabili, le misure idonee ad assicurane la continuità, le procedure di raffreddamento. Infine, perché è sopravvenuta ad estendere il ricorso all'art. 28 St. lav., con quella norma chiave che rafforza l'interpretazione di una sua utilizzabilità a fronte di una inosservanza della parte obbligatoria della contrattazione collettiva.

Ora, però, l'attenzione cade sulla Commissione di garanzia, perno dell'intero sistema, che, modellata come *authority*, appare investita della usuale ampia dote di competenza: propositive, regolatorie, decisorie, sanzionatorie, conciliative[972]. La competenza primaria attribuitale è di promuovere e valutarel'idoneità a fronte degli obbiettivi perseguiti dal legislatore (art. 13, c. 1, lett. a)) sia i contratti e gli accordi raggiunti dalle parti, con riguardo alla disciplina dello sciopero; sia i codici di autoregolamentazione delle associazioni e degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate, con rispetto a "l'astensione collettiva dalle prestazioni, ai fini di protesta o di rivendicazione di categoria, da parte di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori". Ed in caso di valutazione negativa o di assenza dei contratti e accordi, ovvero dei codici, di formulare una proposta, che – se ed in quanto non accolta – la legittima a varare una regolamentazione provvisoria.

L'equiparazione fra sciopero dei lavoratori subordinati e astensione collettiva dei lavoratori autonomi testimonia come, di fronte alla possibile compromissione di beni costituzionali ritenuti prevalenti, la legge non faccia differenza fra soggetti e forme di lotta, fattualmente e legalmente distinte, ma comparabili in ragione e in forza della loro ricaduta lesiva[973].

Mentre, relativamente all'attività sanzionatoria, essa viene esercitata nell'ambito di una procedura applicativa che, per le sanzioni previste a capo delle organizzazioni dei lavoratori, termina con la comminazione, da parte della Commissione, di una sospensione dei permessi sindacali retribuiti o dei contributi sindacali comunque trattenuti e/o di una sospensione dalle trattative; mentre, per le sanzioni contemplate a carico dei singoli lavoratori, culmina con un'attività di impulso della stessa Commissione che, peraltro, lascia il datore di lavoro libero sul procedere o meno all'irrogazione, fermo restando, comunque, che, se lo farà, dovrà rispettare i vincoli

---

971 Il dibattito era già stato riaperto da M. G. GAROFALO - U. ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1988, p. 573 ss.; e poi è stato ripreso da M. RUSCIANO, *Il ruolo degli attori nel disegno della l. 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. giur. lav.,* 1991, I, p. 407 ss.; nonché da ultimo la monografia di A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero,* Napoli, 2006. Per una rassegna della dottrina in materia vedi P. BELLOCCHI, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, in *Lav. dir.,*1994, p. 163 ss.

972 Sulla Commissione di garanzia, F. CARINCI, *L'attività della Commissione di garanzia (l. n. 146/1990)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 435 ss.; T. TREU, *Elementi per un bilancio della l. n. 146/1990*, in *Riv. it. dir. lav.,* 1992, I, p. 302ss.; e, dopo, la modifica legislativa del 2000, G. GHEZZI, *La Commissione di Garanzia nella legge di riforma tra profili funzionali e dinamica delle istituzioni,* in *Arg. dir. lav.,* 2001, pp. 1 ss; M. V. BALLESTRERO, *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel ind.*, 2001, p. 23 ss.; F. SANTONI, *Il potere sanzionatori della Commissione di garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 445 ss.

973 A. PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo,* in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 2000, pp. 64-70.

procedurali e sostanziali posti dall'art. 2106 c.c. e 7 dello Statuto dei lavoratori (unica eccezione l'impossibilità del licenziamento, ai sensi dell'art. 4 comma primo, l. n. 146/1990)[974].

E, da ultimo, per quanto qui ci riguarda, la Commissione esercita un potere d'impulso e propositivo in ordine ad una precettazione, che risulta soggetta ad una procedimentalizzazione partecipata, secondo una precisa tendenza che è venuta affermandosi con riguardo all'attività *amministrativa* incidente sulle posizioni soggettive dei destinatari[975].

7.2.2.2. Il comportamento antisindacale.

È lo stesso Statuto a portare il sindacato nel processo, con l'art. 28[976]; mentre la successiva l. 11 agosto 1973, n. 533, di riforma del processo del lavoro [977], qui non aggiunge molto, limitandosi a prevedere nel novellato art. 425 c.p.c. che, su istanza di parte, si possa richiedergli in formazioni ed osservazioni e, d'ufficio, la produzione dei contratti collettivi rilevanti; mentre incide sullo stesso diritto sostanziale sia indirettamente con il nuovo art. 409 c.p.c., sia direttamente con il novellato art. 2113 cod. civ.[978]

Oggi non è più di moda parlare di contro-potere sindacale; ma non solo nel clima dominante al tempo in cui lo Statuto vide la luce, bensì nell'equilibrio stesso da esso realizzato, il diritto di cittadinanza riconosciuto al sindacato nei luoghi di lavoro era funzionale anche alla tutela puntuale e tempestiva dei diritti dei lavoratori, altrimenti lasciati in balia di una giustizia, attivata solitamente alla fine dei loro rapporti, lunga e dispendiosa. Ed in tale equilibrio, affidato principalmente al rapporto di forza, il ricorso per comportamento anti-sindacale risultava un'arma estremamente utile, per tempestività della procedura, ampiezza della fattispecie repressa e della condanna, effettività assicurata dalla sanzione penale[979]; ma da utilizzare con prudenza e selettività, per non

---

[974] Questa lettura mi sembra confortata dalla prevalente dottrina, anche all'indomani della novella del 200, ma v., in senso contrario, M. T. CARINCI, *L'immagine della l. n. 146/1990 nelle pronunce giudiziali: l'affermazione del modello pubblicistico*, in *Quad.dir. lav.rel.ind,* 2001, 25, p. 187 ss.

[975] Con riguardo particolare alla precettazione "novellata", V. SPEZIALE, *La "nuova" precettazione e lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una svolta autoritaria?*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, p. 19 ss.; A. PERULLI, *Profili interpretativi della precettazione "rivisitata"*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 589 ss.

[976] v. U. ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, 1969; D. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo,* Bologna, 1980.

[977] Sul processo del lavoro esiste una bibliografia amplissima: per una ricostruzione della dottrina e giurisprudenza in materia v. L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro nella giurisprudenza e nella dottrina (l. 11 agosto 1973, n. 533),* II ed., Padova, 1986; dei molti commenti sistematici dedicativi, mi limito qui a ricordare C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile - III: L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e i processi locatizio e agrario*, XIV ed., Torino, 2002; D. BORGHESI, (a cura di), *Il processo del lavoro,* in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. VI, Torino, 2005, e, da ultimo, con riguardo alla proposta di riforma della commissione ministeriale presieduta da R. FOGLIA, v. *La riforma del processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.,* 2007, f. 1.

[978] Il dibattito sul novellato art. 2113 c.c. è stato molto ampio con riguardo sia al suo *fall out* sistematico che pratico, così mentre L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 186 ss.; ID., *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 693 e ss. lo ritiene compatibile con i principi del diritto privato, G. FERRARO, *ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, cit., p. 203 ss., tende a utilizzarlo a pro della sua equiparazione del contratto collettivo alla legge. In particolare, sul rapporto tra inderogabilità e indisponibilità; G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporti individuali di lavoro*, Milano, 1985; C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p.984 ss.; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto disc. Priv., Sez. comm.*, V, Torino, 1990, p.51 ss. P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990; A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997; P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 615 e ss.

[979] M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore,* Napoli, 1979.

esautorare o turbare le relazioni collettive in atto, tanto da restar riservata alle istanze locali di un sindacato nazionale.

La storia non sarebbe stata questa. La giurisprudenza e la dottrina si faranno carico di offrirne una interpretazione estensiva, facendo perno sulle "clausole generali" utilizzate per determinare il comportamento anti-sindacale ed il potere del giudice: allargando, *il primo*, da una violazione di legge ad una della parte obbligatoria dei contratti collettivi, da un'attività illecita *ex lege* o *ex contractu* ad una altrimenti lecita, da una azione "intenzionale" ad una "teleologica", da una lesione mono- ad una pluri-offensiva [980]; e dotando, *il secondo*, di un ampio strumentario repressivo. E la prassi attuativa si rivelerà estremamente ricca [981], con un'utilizzazione a tutto campo, riconducibile sia alla crescente debolezza del sindacato in azienda; sia alla progressiva frammentazione dello stesso universo sindacale fino al punto del ben noto abuso, costituito dal ricorso al comportamento anti-sindacale per risolvere *iussu iudicis* un conflitto intersindacale[982].

E il legislatore, la giurisprudenza, la dottrina ne estenderanno l'ambito. Il legislatore, prima, alla violazione della parte obbligatoria dei contratti collettivi, con l'art. 7 della l. n. 146/1990, peraltro riferito solo agli accordi *ex* legge quadro del 1983 e dei contratti collettivi disciplinanti i rapporti di lavoro nei servizi di cui alla stessa legge n. 146; poi, all'inosservanza degli obblighi di informazione ed esame congiunto nel trasferimento d'azienda, con l'art. 47 della l. n. 428/1990, come modificato dal d.lgs. n. 18/2001. E la giurisprudenza e la dottrina andranno ancora oltre, facendone un mezzo di portata generale, applicabile a tutte le violazioni di procedure "collettive" introdotte *ex lege* o *ex contractu.*

Il recente d.lgs. n. 25/2007 non include *expressis verbis* il ricorso all'art. 28 St. lav., ma prevede solo la sanzione amministrativa di una elevata somma di denaro, comminata dalla Direzione provinciale del lavoro. Tuttavia è probabile che sarà dato semaforo verde al ricorso *ex* 28 St. lav., visto l'intreccio fra legge e parte obbligatoria della contrattazione collettiva chiamata a darvi applicazione, con un'ampia area di discrezionalità decisionale lasciata al giudice del lavoro, tale da permettergli di mettere in discussione la stessa conformità della contrattazione collettiva alle disposizioni del decreto.

Un ulteriore passo del diritto sindacale sulla via giudiziaria. Ulteriore, ma non ultimo, perchè se si consolidasse l'indirizzo che ravvisa un comportamento anti-sindacale anche nell'inosservanza grave, estesa e sistematica della parte normativa[983], il sindacato conseguirebbe così l'obbiettivo strategico non solo di poter agire per l'osservanza della disciplina collettiva, ma anche di poterne

---

[980] M. PERSIANI, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 543 ss.; T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974; M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Condotta antisindacale*, I *(Disciplina sostanziale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, VI; A. VALLEBONA, *Condotta antisindacale ed elemento soggettivo*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 293 ss. Tuttavia la dottrina ha escluso che dal 28 St. lav. possa dedursi un obbligo generale a trattare (C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992); sia un principio di parità di trattamento (T. TREU, *Obbligo dell'imprenditore di trattare, diritti sindacali e principio di uguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 395 ss.; P. BELLOCCHI, *La parità di trattamento fra sindacati: evoluzione giurisprudenziale e problemi attuali*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 13 ss.).

[981] Per la giurisprudenza v. F. LUNARDON, *La condotta antisindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, seconda ed., 2007, vol. I.

[982] L'uso dell'art. 28 St. lav. quale strumento di soluzione dei conflitti intersindacali è criticato da C. CECCHELLA, *Repressione della condotta antisindacale e terzi (a seguito della l. 12 giugno 1990, n. 146)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 495.

[983] T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori* cit. p. 83 ss.; M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit. p. 94 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Condotta antisindacale* cit. p. 6.

ottenere un'interpretazione giudiziale, con la parola finale affidata alla stessa Corte di Cassazione, ai sensi del novellato art. 360, c.p.c.

L'itinerario percorso dall'art. 28 St. lav. appare, così, non solo lungo e fortunato, ma, come si è visto, tale da ampliarne il ruolo, facendolo diventare lo strumento elettivo, posto a salvaguardia della procedimentalizzazione "collettiva" dei poteri del datore di lavoro, introdotta dalla legge e dalla contrattazione; e, così aprendo un cammino giudiziale alternativo rispetto a quello conflittuale, proprio nell'ambito che dovrebbe essere cooperativo per eccellenza, cioè quello dei diritti di informazione, consultazione, esame congiunto, codecisione.

C'è di più, perché l'art. 28 St. lav. ha fatto scuola, sì da essere assunto a modello nel campo delle violazioni dei diritti di accesso ai dati personali: art. 150, co. 2 (provvedimenti a seguito del ricorso al Garante) d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; nonché sul terreno delle discriminazioni in base al sesso: artt. 37 (legittimazione processuale a tutela di più soggetti) e 38 (provvedimenti avverso le discriminazioni) del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, contenente il Codice delle pari opportunità fra uomo e donna. Ma qui, però, come mezzo efficace e tempestivo di tutela di diritti individuali considerati, al tempo stesso, particolarmente esposti e meritevoli.

Senza entrare nell'ambito di un discorso processual-civilistico complesso e delicato, si può concordare sul carattere speciale del procedimento di repressione della condotta anti-sindacale, tale da renderne problematica la riconduzione nell'ambito delle classiche misure anticipatorie; si presenta diverso anche da quell'art. 700 c.p.c. – cui più si avvicina e rispetto a cui si rivela più fungibile per il contenuto atipico del provvedimento del giudice – avendo carattere decisorio e non meramente strumentale rispetto alla decisione di merito[984]. Esso costituisce un sintomo del carattere ormai insufficiente della sanzione civilistica principe, cioè la invalidità dell'atto; ma non per questo solo può essere assunto come segno di una fuori-uscita dal diritto civile, attenendo non alle posizioni giuridiche protette, ma alle strumentazioni ritenute idonee a tutelarle.

D'altronde, a fronte di situazioni considerate particolarmente "sensibili", l'ordinamento è pronto ad accompagnare la sanzione dell'invalidità con legittimazioni ed azioni configurate *ad hoc*: come nelle procedure di cui agli artt. 142 e ss., 145 e ss. del d.lgs. n. 196/2003 e agli artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 198/2006; nelle inibitorie contemplate dalle ll. 6 febbraio 1996, n. 56 (contro le clausole vessatorie nei confronti dei consumatori), 30 luglio 1998, n. 281 (con riguardo più in generale agli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti), 9 ottobre 2002, n. 231 (con rispetto ai ritardi nelle transazioni commerciali)[985]; nella estensione dell'inibitoria messa a disposizione degli utenti dalla l. n 281/1998, effettuata dall'art. 7 bis della l. 146/1990.

7.2.2.2.2. Legittimazione ad agire e giurisdizione.

Anche nel diritto del lavoro emerge la tendenza a dar rilevanza a soggetti istituzionali ed associativi diversi da quelli ritenuti i tradizionali depositari degli interessi meritevoli di tutela, sia coinvolgendoli nei procedimenti, sia dotandoli di strumenti istruttori, propositivi, processuali: tendenza, questa, che costituisce la risposta ad una crescente complessità ed articolazione della struttura

---

[984] Cfr. artt. 150, co. 1, e 152, co. 6, d.lgs. n. 196/2003.

[985] V. ora il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, contenente il Codice del consumo.

sociale, in sé e nella sua proiezione rappresentativa, cui un diritto "riflessivo" – per dirla con Luigi Mengoni[986] – è tenuto a dar debita rilevanza.

Il che, tradotto nel nostro linguaggio, vuol dire che l'interesse collettivo rappresentato dal sindacato non è più esclusivo, capace di assorbire e garantire al meglio l'intero vissuto del lavoratore, nel suo *status* di dipendente. Così nella l. n. 146/1990 è costretto a convivere con l'interesse collettivo del consumatore e utente, lavoratore subordinato e non, in un rapporto potenzialmente conflittuale, destinato ad essere composto da un autorità terza, Commissione di garanzia o autorità giudiziaria: le associazioni dei consumatori e degli utenti devono essere sentite, con la possibilità di formulare pareri, dalla Commissione di garanzia, in sede di valutazione delle discipline contrattuali e possono agire nei confronti delle associazioni responsabili e delle amministrazioni, enti e imprese erogatrici dei servizi, nelle ipotesi esplicitamente previste. E così, ancora, nell'attuale Codice della parità tra uomo e donna, è condannato a lasciare il passo alla rete dei Consiglieri di parità: essi sono legittimati ad acquisire informazioni, per via delle Direzioni provinciali del lavoro, a richiedere ed a valutare piani di rimozione delle discriminazioni accertate, ad agire in giudizio (con legittimazione esclusiva nel caso dell'art. 37, co. 1 e 4, concorrente con l'interessato nel caso dell'art. 36, su delega del lavoratore nel caso dell'art. 38), nonché a promuovere azioni positive.

Al tempo stesso è ravvisabile una tendenza a privilegiare la giurisdizione del giudice ordinario pur in presenza di provvedimenti amministrativi, secondo una linea di politica legislativa generale, tendente a sostituire il criterio di ripartizione, coll'incardinarlo non più sulle posizioni soggettive tutelate, ma sulle materie. Emblematiche in tal senso sono la l. 24 novembre 1981, n. 689 ed il d.lgs. n. 196/2003, entrambi di portata generale, ma di particolare rilevanza nella nostra materia. La prima prevede che il ricorso in opposizione, contro l'ordinanza-ingiunzione erogante una sanzione amministrativa, venga presentato al pretore (oggi giudice) del luogo della violazione contestata; anche se trattasi del giudice civile ordinario, competente anche in materia di "tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro" e di "previdenza e assistenza obbligatoria" (art. 22-*bis,* co. 2, lett. a e b), eccezion fatta per la ordinanza-ingiunzione emanata dagli Enti previdenziali per omissioni contributive, per le quali è il giudice del lavoro ad essere competente (art. 35, co. 4). A sua volta, il secondo, attribuisce la giurisdizione all'autorità giudiziaria per «tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o di loro mancata adesione», in significativa eccezione all'art. 23-*bis* della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 per cui ricadono nella giurisdizione del Tar "i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti"

A giudizio del sottoscritto un riparto per materie sarebbe ravvisabile nell'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, con riguardo sia alle posizioni individuali (co. 1), sia quelle collettive (co. 3): in quest'ultimo comma la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni e alle procedure di contrattazione collettiva

---

[986] Secondo la definizione offerta da L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1988, I, p. 7, il diritto riflessivo è il "diritto (statale) che si ripiega su se stesso lasciando spazio alla normazione di altre fonti e limitandosi a regolarne le procedure e i presupposti di legittimazione".

sembra prescindere – almeno rispetto a quelli mono-offensivi – dalla qualificazione, pubblica o privata, degli atti contestati[987].

Il discorso non appare sempre lineare e coerente. Nella l. n. 146/1990, non dice di fronte a quale giudice è possibile ricorrere contro le delibere di idoneità o di sostituzione provvisoria della regolamentazione consensuale (ma pare al giudice amministrativo, in forza del già citato art. 23-*bis* della l. n. 1034/1971); mentre prevede che sia il giudice del lavoro a decidere sulle delibere in materia di sanzioni (art. 20-*bis*). Neppure dice innanzi a chi è possibile impugnare le orinanze-ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro - sezione ispettorato del lavoro; ma pare innanzi al giudice civile ordinario, in ragione del citato art. 22-*bis* della l. n. 689/1981; mentre sottopone le ordinanze di precettazione all'amministrativo (art. 10).

Un bel "ingarbuglio", non c'è che dire, che finisce per trovare un riscontro nella certificazione introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, che, al suo art. 80, prevede – con riguardo all'atto certificatorio – nel co. 1, la possibilità di proporre ricorso al giudice ordinario "per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione"; e nel co. 5, la possibilità di presentare ricorso al giudice amministrativo "per violazione di legge o per eccesso di potere"[988].

In chiusura meritano di essere segnalati i casi in cui il sindacato può agire su mandato dei lavoratori interessati: ai sensi dell'art. 16 St. lav. (Trattamenti economici collettivi discriminatori), in ragione del peculiare rilievo sindacale del tema; ai sensi dell'art. 38 (Comportamenti diretti a realizzate le discriminazioni sessuali nell'accesso al lavoro *ex* art. 27), in forza del particolare rilievo generale dell'oggetto.

8. L'evoluzione post-statutaria del diritto del rapporto individuale di lavoro.

8.1. Il filo rosso della subordinazione.

Qui il sostanziale difetto di dialogo fra, da un lato, una dottrina autoreferenziale ed immaginifica – resa progressivamente ipertrofica da una concorrenza fra le fonti di produzione (manuali, riviste, commentari) e da una concorsi-dipendenza (monografie), cui il sottoscritto ha dato un sostanziale contributo – e dall'altro, una giurisprudenza casistica e pragmatica ed una legislazione compromissoria, appare in tutta la sua cruda evidenza.

8.1.1. Il "tormentone" dottrinale.

Se si lascia alle spalle il diritto sindacale, per passare a quello del rapporto individuale, si riscontra anche qui un'evoluzione post-statutaria, che, non solo per amore di simmetria, sembra possibile distinguere in due correnti: la prima, in progressiva controtendenza rispetto allo Statuto (battezzata in seguito come il "filo rosso della subordinazione"); la seconda, in continuità cumulativa con riguardo allo Statuto (denominata in seguito come il "controllo dei poteri del datore *vis-à-vis* dei diritti individuali").

---

[987] F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pub. amm.*, 2006, p. 1049 ss.

[988] v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 203 ss. G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004; L. DE ANGELIS, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 235 ss.

Riprendendo il filo di quel discorso che riteneva di poter ravvisare nello Statuto dei lavoratori il germe di una "svolta istituzionale" *double face* del nostro diritto del lavoro, si può, ora passare da quella macro (politica) a quella micro (aziendale). La l. n. 300/1970 introduce un regime a diverso ambito di applicazione, con un duplice destinatario: in generale il *genus* datore di lavoro, in particolare la *species* imprenditore, cui è riservato formalmente il suo "nocciolo duro" – quale costituito dall'originario art. 18 e dal tit. III – e sostanzialmente qualche altro articolo, come il 4, 6, 9, 11: non solo, perché con riguardo allo stesso nocciolo duro recupera ed amplia la distinzione dimensionale di cui alla l. n. 604/1966, se pur con riguardo, prima, alla nuova nozione di unità produttiva e, poi, all'impresa.

Ora la l. n. 300/1970, proprio per aver questo duplice destinatario viene a segnare un punto di passaggio nel flusso legislativo. Da un canto, costituisce il punto più alto di un diritto del lavoro imprenditore-centrico, che dal codice si prolunga nelle leggi a cavallo fra il decennio '50 e '60 (disciplina dell'apprendistato, tutela del lavoro a domicilio, divieto di intermediazione ed interposizione, norme sui licenziamenti individuali), per, poi, trovare un fisiologico *continuum* nel post-Statuto, in quella legge 6 agosto 1975, n. 427, contenente norme in materia di garanzia del salario. Dall'altro, apre il cammino ad un diritto del datore di lavoro datore-centrico, assumendolo a referente costante, tanto da allineare in tal senso anche la legislazione varata con a protagonista l'imprenditore: così la l. 18 dicembre 1973, n. 877, che rivede la disciplina del lavoro a domicilio, con a destinatario il datore e non più l'imprenditore; la l. 11 maggio 1990, n. 108, che estende al datore la normativa in tema di tutela reale contro il licenziamento illegittimo, riservata dallo Statuto al solo imprenditore; il d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110, che espande al datore la disciplina in materia di licenziamenti collettivi, introdotta per il solo imprenditore dalla l. 23 luglio 1991, n. 223. Un elemento di discontinuità che per quanto non assoluto e non dotato di uno grande rilievo pratico, riesce assai significativo da un punto di vista sistematico.

Lo Statuto costituisce il punto più alto di un diritto del lavoro imprenditore-centrico, perché predispone quel palcoscenico che un certo indirizzo vorrebbe già allestito dal codice, con a protagonisti privilegiati la grande impresa industriale e l'operaio-massa, non senza una significativa ricaduta sulla ricostruzione della subordinazione: nella sua natura e nella sua fonte. Riprendendo l'aforisma che un mio vecchio amico, chirurgo di eccellenza, soleva ripetermi, "l'addome è la tomba del medico", mi viene da dire che "la subordinazione è la tomba del giuslavorista". Ed io eviterò il rischio di finirci dentro, perché intendo limitarmi a quel tanto bastevole per vedere se sia o meno condivisibile un giudizio largamente diffuso: qui e proprio qui, *in apicibus,* diritto civile e diritto del lavoro incontrerebbero il bivio destinato a separarli per sempre, come due rami del darwiniano albero evolutivo. Ma, intanto, appare uno "scherzo" della storia della nostra materia, quello anticipato nel secondo paragrafo, con riguardo al peculiare regime codicistico del "prestatore di lavoro subordinato": si converte in "fuga dal codice civile", quella che in realtà è "fuga" dalla ripulitura "contrattualista", operata dalla prima dottrina post-bellica, col ricollegare al contratto una subordinazione tecnico-funzionale.

A dire il vero, nessuno rimette in discussione il contratto, inteso come contratto di scambio[989], certo perché questo è un dato costante tenuto presente dal legislatore e dal giudice; ma anche, perché rimane prevalente un approccio fondato su un conflitto di interessi enfatizzato fino all'antagonismo, che rinviene nello scambio il suo strumento migliore: scambio sempre ineguale, però, tale da giustificare un'assoluta rigidità del "tipo" ed una altrettanto assoluta eteronomia dello "statuto protettivo", con un'implacabile sequenza gerarchica delle fonti, attenuabile solo *in melius*. Il che, va detto, non crea alcuna discontinuità rispetto al codice, che, in punto di eterenomia compensava di fatto la scarna disciplina degli artt. 2094 sgg. con l'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva corporativa; ma, neppure crea di per sé, alcuna incompatibilità insuperabile con la lettura "contrattualista", perché, con l'affermarsi e l'estendersi della tutela del "contraente debole", anche il diritto dei contratti di cui al libro IV del codice ha dovuto assorbire una sostanziale riduzione dell'autonomia negoziale. A ben guardare se il *quantum* dello "statuto protettivo" varia, a scalare da quello massimo previsto per il lavoratore subordinato, il *quomodo* del suo collegamento al contratto resta lo stesso: l'art. 1374 c.c. (integrazione del contratto), per cui "Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano, secondo la legge"[990].

Ma già a cavallo dello Statuto, Romagnoli nel 1967[991] e Mengoni nel 1971[992], mostreranno di preferire a quella tecnico-funzionale (che dell'endiadi codicistica tende a privilegiare "sotto la direzione") una nozione socio-economica della subordinazione (che della endiadi tende a enfatizzare "alle dipendenze"), sintetizzabile come della duplice alienazione, rispetto ai mezzi ed al risultato dell'attività produttiva. E Luciano Spagnolo Vigorita, nella sua monografia apparsa nel 1967[993], criticherà la metodologia seguita dalla giurisprudenza, per ritrovare sotto la copertura degli "indici" utilizzati la figura corposa dell'operaio industriale. Due teorie diverse, che sembreranno potersi coniugare nello Statuto, specie nel suo "nocciolo duro", trovando un raccordo fra natura e

---

[989] Se la specificità del diritto del lavoro è stata solitamente ricollegata alla subordinazione, tuttavia ritorna anche con riguardo alla controprestazione retributiva: a prescindere da una isolata lettura della subordinazione che la interpeta in funzione della stessa retribuzione (R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989), è pacifica l'affermazione che l'aggettivo "retributivo" o "corrispettivo" spetta solo a ciò che è dovuto in virtù del sinallagma contrattuale: sul punto è d'obbligo il rinvio a T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto*, Milano, 1968; ID., *Commento all'art. 36 Cost.,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 1979, pp. 72 ss.; nonché, da angolazione prettamente civilistica, A. DI MAJO, *Aspetti civilistici dell'obbligazione retributiva*, in *Riv. giur. lav.,* 1982, I, pp. 393 ss.; L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli, 1991.
Il sinallagma si instaurerebbe fra la prestazione lavorativa e la retribuzione corrispettiva, come insieme dei compensi che trovano titolo nella medesima prestazione e non nel rapporto; ma la retribuzione corrispettiva non coincide con quella rilevante nei vari contesti normativi o contrattuali, perchè qui occorre tenere conto di quanto risulti allentato il nesso di corrispettività: cfr. T. TREU, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *Dir. lav. rel. ind.,* 1980, p. 4; M. PERSIANI, *I nuovi poblemi giuridici della retribuzione*, Padova 1982; M. D'ANTONA, *Le nozioni giuridiche della retribuzione,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1984, pp. 275 ss., spec. p. 278; L. ANGIELLO, *La retribuzione. Commentario Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990.
In questa prospettiva è possibile leggere gli artt. 2110 e 2111 cod. civ., che pur stabilendo la sospensione del rapporto di lavoro in determinate ipotesi (malattia, infortunio, gravidanza, etc.), contestualmente impongono il mantenimento del posto e della (così impropriamente definita) retribuzione. Sul punto cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992; nonché M. RUSCIANO, voce *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993.
A giudizio di L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, ora in *Diritto e valori,* Bologna, 1985, p. 376, tali articoli (come quelli dello Statuto, artt. 10, 20 e 23, che tengono fermo l'obbligo di retribuzione pur in mancanza di prestazione di lavoro) non "alterano la concezione contrattualistica del rapporto" ovvero la sua sinallagmaticità.

[990] Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

[991] U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società,* Milano, 1967.

[992] L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro,* cit.

[993] L. SPAGNOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Profili storico-critici*, Napoli, 1967.

fonte, una subordinazione socio-ecomica destinata a prolungarsi dal contratto ad un rapporto incardinato dentro un'"impresa" vista e vissuta come attività organizzata, non per nulla indicata come "azienda" o "unità produttiva".

Il che si prolungherà nella dottrina, mentre la figura dell'imprenditore tenderà a svanire nella lingua legislativa e la fattispecie subordinazione continuerà ad essere gestita dalla giurisprudenza con la sua collaudata tecnica, di una definizione tralaticia e di una prassi pragmatica, capace di assorbire la crescente tensione sulla linea di confine. Ma il dopo-Statuto porterà con sé la prima grande crisi post-bellica, originata dallo *shoch* petrolifero del 1973, con una imponente ristrutturazione della struttura produttiva del nostro Paese, interpretata come una fuga, proprio dal "nocciolo duro" dello Statuto. E la risposta dottrinale, troverà nella crisi della nozione tecnico-funzionale della subordinazione, la chiave di lettura espansiva sia nella legislazione pre-statutaria (l. n. 1369/1360, sul divieto di intermediazione e di interposizione), sia nella legislazione post-statutaria (l. 11 agosto 1973, n. 533, sul nuovo processo del lavoro; la l. n. 877/1973 sul lavoro a domicilio). Il che comporterà inevitabilmente il dover privilegiare la nozione di impresa come attività organizzatoria rispetto a quella di attività organizzata, dotata della fisicità di tempo e luogo chiaramente percepibile nello Statuto.

Le ll. nn. 877/1973 e 1369/1960 saranno lette e rilette per riportare dentro l'impresa tutta la variegata fenomenologia del decentramento produttivo, come evidenziato dalle ricerche economiche e sociologiche di quegli anni: rienterpretando la nozione dell'art. 2094 alla luce dell'art. 1 della l. n. 533/1973, sì da ricondurre nell'"impresa", la molteplice tipologia del conto terzismo a domicilio; riesaminando gli artt. 1 e 3 della l. n. 1369/1960, sì da riportare nell'impresa la straordinaria fioritura di "esternalizzazioni", viste come simulate o come, comunque interne al ciclo produttivo[994]. Non solo, perché si cercherà di dar rilevanza al gruppo d'impresa, al di là della "finzione" costituita dall'esistenza di distinte personalità giuridiche, così da render rilevante ai fini dell'applicazione dello Statuto dei lavoratori l'intero organico del gruppo medesimo[995].

Ma saranno teorizzazioni messe a punto solo sul finire del decennio '80, allorché il vento era già cambiato, con un decentramento rivalutato largamente come "fisiologico", auspice il lancio del modello dei "distretti"; e stava cambiando anche il rapporto di forze, come avrebbe rivelato la "marcia dei quarantamila" del 1980.

Nello stesso torno di tempo, in accordo con un barometro che metteva al "brutto", veniva prendendo sostanza la figura dei co.co.co., lavoratori collocati sul confine fra lavoro subordinato ed autonomo, che trovavano quale unico referente legale l'art. 409, co. 1, n. 3, così come novellato dalla l. n. 533/1973: la competenza del giudice del lavoro veniva estesa ai "rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato." Assecondando una tendenza espansiva della materia, la dottrina traslò quella fattispecie dal diritto processuale a quello sostanziale, in forza della condizione socio-economica sottesa; e questo secondo una duplice variante, "forte", in base

---

994 L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, e, rispettivamente, O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

995 P. ALLEVA, *Il campo di applicazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit.

alla dipendenza socio-economica; "debole", in ragione della disparità di forza contrattuale (con una applicazione limitata e selettiva della stessa disciplina)[996].

Ma, ormai, siamo entrati in un'altra stagione, che sia pur comprensiva di fasi diversamente battezzate (dell'emergenza, della crisi, della flessibilità)[997], si svolge con indubbia continuità dalla fine del decennio '70, secondo un duplice filone. Costituito, *il primo*, da un contenimento del costo del lavoro, vero filo rosso del serrato confronto politico-sindacale, iniziato all'indomani stesso di quell'accordo interconfederale del 1975, dal forte impatto inflattivo; e proseguito fino alla fine del decennio '90, con il *de profundis* della scala mobile. Rappresentato, *il secondo*, dal "mercato" del lavoro, contenitore polivalente, con a comune denominatore, lo spostamento dell'attenzione del legislatore dal "rapporto" al "mercato"; e questo tramite un intreccio che diviene più fitto e complesso col trascorrer degli anni, fino ai nostri giorni: crisi della grande impresa; disoccupazione giovanile; tutela dell'area grigia fra lavoro subordinato ed autonomo; flessibilità in ingresso; riforma del collocamento[998].

La dottrina coglierà la *ratio* sottesa a quella disciplina innovativa, cioè, di una risposta – criticabile fin che si vuole in termini di politica del diritto e di tecnica legislativa – ad una sfida reale. La struttura produttiva ed occupazionale che aveva fatto da scena al nostro diritto del lavoro, dalla sua rinascita alla sua maturità, era cambiata, sì da restituirci non poco ridimensionati i due protagonisti principali di un passato con a suo *climax* lo Statuto dei lavoratori, cioè la grande impresa e il lavoratore a tempo indeterminato e a orario pieno[999]. Essa cercherà di tenere il passo, con un'esegesi puntuale; ma non rinuncerà ad una rincorsa sistematica sulla linea dogmaticamente strategica – spesso intrecciata – della "contrattazione delegata" e della "flessibilizzazione contrattuale": se, là – come visto – la partita è stata giocata intorno alla figura del contratto collettivo di diritto comune; qui, invece, lo sarà intorno alla fattispecie della "subordinazione", con una fioritura di libri, saggi convegni dedicati alla "madre" della materia[1000].

---

[996] V. A. M. GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983 e, rispettivamente, G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato,* Milano, 1979. Ma nel senso di una rilevanza solo processuale della "figura", v. C. cost. 24 luglio 1995, n. 365, *in Mass. giur. lav.*, 1995, p. 325 ss.

[997] R. DE LUCA TAMAJO - L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza,* Napoli, 1979; A. CESSARI - R. DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1987. Peraltro la stagione della flessibilità sarà destinata a durare fino ai nostri giorni, sì da acquisire stabilità e continuità, a prescindere dalla valutazione, positiva o negativa, fattane dalla dottrina; cfr. gli atti delle Giornate di studio Aidlass (Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002) *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003.

[998] Per una ricostruzione, mi permetto di rinviare adue miei saggi: *Rivoluzione tecnologica* cit., e *Un diritto del lavoro "classico" alla vigilia del terzo millennio,* cit.

[999] Oggi è tutta una riscoperta sul post-taylorismo: v. da ultimo E. GHERA, IL NUOVO DIRITTO DEL LAVORO, Torino, 2006, p. 145 ss. Modestia a parte, avevo anticipato tutto questo nella mia relazione *Rivoluzione tecnologica* cit., ben ventitre anni fa. *Nemo profeta in patria* … specie se 'scomunicato' dal piccolo Marx del diritto del lavoro italiano (v. U. ROMAGNOLI, *Noi e loro. Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 377 ss.).

[1000] Come lavori monografici, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit.; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit.; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989; Oltre ai molti articoli, v. le raccolte collettive AA.VV., *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1988; AA.VV., *Lavoro e i lavori*, in *Lav. dir.*, 1988 e 1989; M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989; AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Bari, 1997; AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 1998, nonché le giornate di studio Aidlass (Salerno 22-23 maggio 1998) *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999.

Agli occhi dei più la lezione del passato e la scommessa del presente non lasciavano dubbi: una nozione unitaria doveva confrontarsi con una dote protettiva estremamente ricca, che già riusciva contradditoria rispetto all'area ricoperta, estesa com'era dal massimo dirigente all'ultimo *ex*-operaio; ed in più risultava talmente pesante da non poter essere estesa *sic et simpliciter* oltre quell'area stessa. Si cercherà, dunque, di valorizzare la volontà nella conclusione del contratto; e di utilizzare il metodo tipologico, mutuato dalla dottrina civilistica, nella ricostruzione della fattispecie. Solo che il ricorso alla *lex voluntatis* – assunto dalla Corte di cassazione[1001], come criterio sussidiario di individuazione – non serviva ad una articolazione della dote protettiva; e, a sua volta, l'utilizzo del metodo tipologico[1002] – discutibile e discusso come sostituto di quello sussuntivo – non risultava aver mai messo capo ad una differenziazione della tutela del lavoratore subordinato, eccezion fatta per la dirigenza privata, secondo un'anticipazione di Paolo Tosi del 1974[1003], ripresa in anni recenti dalla Corte di Cassazione.

Ma proprio in quel decennio '90, che vedrà la Corte costituzionale[1004], auspice il giudice Luigi Mengoni, leggere nella carta fondamentale una correlazione inscindibile fra una nozione di subordinazione come duplice alienità – dal prodotto della prestazione e dall'organizzazione produttiva – e la dote protettiva, una dottrina sfiancata e disillusa da quella che appariva ormai una vera e propria fatica di Sisifo, passa dall'interpretazione dell'esistente alla proposta per il futuro; ed allarga l'orizzonte di riferimento all'intero spettro del lavoro, quello *sans phrase,* che ricomprende e ricompone secondo un *continuum* subordinazione e autonomia. A dire il vero, questo passaggio sarà anticipato *de iure condito,* da Marcello Pedrazzoli, con la sua lettura dell'art. 2222 c.c. [1005],

---

Sul lavoro autonomo, con l'inevitabile problema del suo confine col lavoro subordinato, v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO, Milano, 1996; cui *adde* P. DI NUNZIO, *Problemi di disciplina del contratto d'opera*, Torino, 2000.

[1001] A partire dalla seconda metà degli anni ottanta la Suprema Corte è pervenuta ad affermare che «ai fini della qualificazione non si può prescindere dalla preventiva ricerca della volontà delle parti, giacché il principio secondo cui ai fini della distinzione in questione è necessario aver riguardo all'effettivo contenuto del rapporto stesso indipendentemente dal *nomen iuris,* non implica che la dichiarazione di volontà di queste in ordine alla fissazione di tale contenuto debba essere stralciata nell'interpretazione del precetto contrattuale: pertanto, quando le parti abbiano dichiarato di volere escludere l'elemento della subordinazione, non è possibile, specie nei casi caratterizzati dalla presenza di elementi compatibili con l'uno e con l'altro tipo di rapporto, pervenire ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto il detto elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto medesimo»: Cass. 17 giugno 1988, n. 4150, in *Foro it.*, 1989, I, 2908; Cass. 7 aprile 1992, n. 4220, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 258; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, in *Dir. prat. lav.*, 1996, 3338; Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 280. *Contra,* cfr. Pret. Pavia, 30 giugno 1987, in *Lav. prev. oggi*, 1987, II, 1400; Pret. Milano 22 ottobre 1994, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 384. In tema cfr. la rassegna *Autonomia e subordinazione: «nomen iuris» e rilevanza delle manifestazioni di volontà delle parti*, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 21 ss. In dottrina, per la valorizzazione dell'elemento volontaristico (c.d. *nomen iuris*), vedi in particolare P. ICHINO, *Il contratto di lavoro - Vol. I: Fonti e principi generali - Autonomia individuale e collettiva - Disciplina del mercato - Tipi legali - Decentramento produttivo - Differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, Milano, 2000, P. 255 SS.

[1002] In proposito cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit.; L. MENGONI, *La questione della qualificazione in due trattazioni recenti,* in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 5 ss.; e più di recente L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato,* in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 182; ID., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 107; G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Milano, 1997.

[1003] P. TOSI, *Il dirigente d'azienda,* Milano, 1974.

[1004] C. cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Giur. it.,* 1996, I, p. 389. Sulla disponibilità del tipo M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro,* in *Arg. dir. lav*., 1995, 1, p. 63 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 95 ss.

[1005] M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 545.

secondo la quale la definizione ivi contenuta del lavoro come "compimento di un'opera o di un servizio con lavoro prevalentemente proprio" costituirebbe già la categoria generale cui ricondurre il contratto d'opera, i vari contratti di lavoro autonomo di cui al libro IV, il contratto di lavoro subordinato. Ma il prosieguo sarà tutto *de iure condendo,* con una molteplicità di proposte, classificabili secondo due grandi categorie: quella diretta alla creazione di un *tertium genus* (De Luca Tamajo-Flammia-Persiani), con qualche ritaglio a scapito sia del lavoro subordinato che del lavoro autonomo; quella, invece, finalizzata alla configurazione di una sequenza di fattispecie, caratterizzata da una progressione decrescente in direzione di una nozione di subordinazione ristretta (D'Antona) o crescente a partire da una nozione di subordinazione allargata (Alleva), con una ridistribuzione diversamente graduata delle rispettive discipline[1006].

8.1.2. L' "ipse dixit" del legislatore: dalla legge n. 196/1997 al decreto legislativo n. 276/2003.

Altro non è il caso di aggiungere, perché proprio sul finire di quel decennio '90, che aveva ospitato il dibattito accademico, il legislatore darà un improvviso colpo di accelerazione, con un crescendo dalla legge n. 196/1997[1007] al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368[1008], al d.lgs. n. 276/2003[1009]. Se è innegabile l'influsso dottrinale su quello Statuto dei lavori che rimase il progetto prediletto, ma incompiuto, del giuslavorista bolognese; non lo è altrettanto sul legislatore[1010].

A fronte di un ultimo sussulto del processo di estensione del lavoro subordinato in forza di quella legge 3 aprile 2001, n. 142 che riconosce al socio lavoratore un duplice ruolo, non sempre

---

1006 I testi delle proposte richiamate sono pubblicati in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 1998, 21, pp. 285 ss; per una loro lettura sinottica (in chiave anche grafica) cfr. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo,* in *Lav. dir.,* 1997, pp. 173 ss.

1007 V. M. NAPOLI (a cura di), *Il "Pacchetto Treu* cit.

1008 Prima del d.lgs. n. 368/2001 v. L. MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all'alternatività: un modello per il lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 23, p. 9 ss.; dopo la riforma v. L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del contratto a termine. D. lgs. n. 368/2001*, Milano, 2002; A. VALLEBONA - C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001; L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 151 ss.; F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 41 ss. V., da ultimo, A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006, fasc. 1.

1009 Sul d.lgs. n. 276/2003 la produzione dottrinale è estremamente ricca e articolata, sicché è d'obbligo limitarsi a citare i commentari più accreditati: P. ALLEVA (e altri), *La riforma del mercato del lavoro: dalla legge delega del governo alle controproposte della Cgil*, Roma, 2003; F. CARINCI (coordinato da), *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, Milano, 2004 (4 tomi, più il tomo d'aggiornamento 2005); P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti: a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006; R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema: dalla Legge 14 febbraio 2003 n. 30 al Decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 2004; G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, cit.; E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali: commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004; 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*, Torino, 2005; M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro: commento al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 Bologna,* Bologna, 2004 (con volume d'aggiornamento 2005); M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit.

1010 V. M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo statuto dei lavori*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 297 ss.

facilmente compatibile[1011][1012], l'*aliquid novi* del periodo a cavallo del millennio non è di poco conto. Il modello esclusivo del contratto a tempo indeterminato viene relativizzato dal crescente spazio legale concesso al contratto a termine ed al *part-time*, peraltro con un certo contro-bilanciamento: costituito, sia dalla loro conversione, nei casi previsti, in contratto a tempo indeterminato e, rispettivamente a tempo pieno; sia dalla legislazione incentivante la conclusione di un contratto a tempo indeterminato. E – fatto altrettanto, se non più significativo – viene ampliato lo strumentario contrattuale con cui il datore può procacciarsi il fattore lavoro, con a "pezzi" caratteristici il lavoro interinale, che destabilizza un punto fermo del diritto del lavoro, quello della coincidenza del titolare del contratto e dell'utilizzatore della prestazione, con una conseguente dissociazione dei poteri del datore, restando quello disciplinare a capo del somministrante e passando quello direttivo a capo dell'utilizzatore[1013]; e, rispettivamente, il lavoro a progetto, che picchetta l'ambito dell'art. 2222 sul lato esposto sull'art. 2094, sì da impedire uno sconfinamento del lavoro autonomo sul lavoro subordinato.

Non c'è stata, però, alcuna evoluzione nel senso di un lavoro *sans phrase*, che si svolgesse senza soluzione di continuità dal lavoro subordinato all'autonomo, con un crescendo di autonomia ed un decrescendo di tutela; e neppure nel senso di un *tertium genus* fra lavoro subordinato ed autonomo: tale non si può certo dire il lavoro a progetto, ricalcato com'è sul modello del lavoro autonomo, con ad oggetto una "attività funzionale ad un risultato"[1014]. Se c'è un *continuum* rispetto non solo al discorso dottrinale, ma allo stesso indirizzo legislativo precedente, è nell'impegno a diminuire il divario in termini di costo normativo ed economico, specie previdenziale, fra lavoro subordinato e lavoro autonomo di confine, fatto ben visibile con riguardo, prima alle collaborazioni coordinate continuative, poi, allo stesso lavoro a progetto: impegno riconducibile sia all'onda inerziale della risalente "pan-subordinazione", sia alla nuova attenzione per una scelta datoriale genuina, sia, cosa meno commendevole, all'insaziabile fame dell'Inps.

Il che non deve far sottovalutare il rilievo teorico e pratico del compromesso inscritto nel d.lgs. n. 276/2003: un più elevato tasso di flessibilità all'ingresso, in cambio di un più saldo presidio al

---

[1011] La legge recepisce sostanzialmente la proposta già formulata da Marco Biagi: per una sua analisi v. L. NOGLER - C. ZOLI - M. TREMOLADA, *La riforma della disciplina del socio di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 339; L. MONTUSCHI - P. TULLINI, *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, 2002; L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari - Riflessioni sulla l. n. 142/2001 e successive modifiche*, Milano, 2005; S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006.

[1012] A questa estensione della subordinazione fa da *pendant* la diffusione del rapporto di volontariato: sulla l. 5 febbraio 1992, n. 104 v. G. BRUSCUGLIA (a cura di), *Commento alla legge quadro sul volontariato,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 785; I. MARIMPIETRI, *Lavoro e solidarietà sociale*, Torino, 1999; L. MENGHINI, *Lavoro gratuito e volontariato*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, vol. II.
In particolare il lavoro nel settore *non-profit* è stato analizzato da F. CARINCI (a cura di), *Non profit e volontariato,* Milano, 1999; M. LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore. Occupazione, mercato e solidarietà*, Torino, 2005.

[1013] Cfr. P. BELLOCCHI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. lav.*, 2005, I, p. 35 ss.; G. SUPPIEJ, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma (commento al d.leg. 10 settembre 2003 n. 276)*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 205 ss.; ID., *L'interposizione brevettata*, in *Arg. dir. lav*., 1998, 1, p. 17 ss.; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001.

[1014] M. MARAZZA, *Il concetto di progetto e programma di lavoro nel confronto con la giurisprudenza*, di prossima pubblicazione su *Arg. dir. lav.*
Per la continuità e discontinuità fra il prima e il poi del d.lgs. n. 276/2003, cfr. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 203 ss.; *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 1 ss.

confine fra lavoro autonomo e subordinato rappresentato proprio dalla sostituzione della "lassa" collaborazione coordinata e continuativa con il "rigido" lavoro a progetto. Presidio, questo, che pone un delicato problema, peraltro affrontabile e risolubile da un punto di vista non sistematico, con riguardo alla nozione di subordinazione, ma sanzionatorio, con rispetto alla tutela protettiva. Se, invero, si ritenesse che in caso di difetto formale o sostanziale del progetto scatti non una *praesumptio* semplice[1015], ma *iuris et de iure* dell'esistenza di un contratto di lavoro subordinato[1016], con un'automatica conversione, ne seguirebbe certo una "estensione": non però – come pur è stato detto – della nozione di subordinazione, quale non può derivare anche da una mera omissione formale, bensì della relativa disciplina[1017].

Se, ora, si solleva lo sguardo, sì da poter cogliere il *trend*, l'impressione è che raggiunto il suo picco con lo Statuto dei lavoratori, lo stesso modello di un collegamento stretto fra una prestazione "etero-diretta e soggetta" e "impresa come attività organizzata" stia sbiadendo: da un lato, si evidenzia la richiesta di una attività "autonoma e collaborativa"; dall'altro, si sottolinea la recuperata centralità dell'impresa come "attività organizzativa". Non bisogna lasciarsi distrarre dalla corrente superficiale, la quale ben può ingannare su quella profonda, più lenta e composita, sì da dar l'impressione che a scorrere sia solo o prevalentemente acqua nuova. Senza dubbio la legislazione, nel passaggio da un secolo all'altro, parla una lingua diversa, diversa rispetto al passato prossimo, se pur in qualcosa riecheggiante quello remoto risalente fino a Ludovico Barassi e recuperato dall'indirizzo dottrinale rappresentato da Francesco Santoro Passarelli e da Mattia Persiani [1018]: di un datore ammesso ad un *self service,* dove lo stesso piatto "lavoro subordinato" viene cucinato in modo da poter essere condito in molte salse e mangiato al di fuori di un *menù* fisso, che preveda l'inserzione in una "impresa" o "azienda", intesa fisicamente.

Un *trend* parabolico, che dalla svolta "istituzionale", in versione micro, dello Statuto dei lavoratori, porta ad una relativa astrazione della tipologia contrattuale dall'impresa come "attività

[1015] A favore della presunzione semplice o relativa che "può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio la prova dell'esistenza di un rapporto effettivamente autonomo" v. P. TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, cit.; A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative*: *profili generali*, in *Guida al lavoro*, speciale su *Riforma Biagi. Le nuove collaborazioni*, gennaio 2004, p. 11 ss.; e in giurisprudenza Trib. Ravenna 24.11.2005, in *Lav. giur.*, 2006, 3, 273. In tal senso si è pronunciata la Circ. Min. Lavoro 8 gennaio 2004, n. 1, definita non a caso "circolare di pentimento" da A. VALLEBONA A., *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.,* 2004, p. 293 ss.; una seconda circolare, 14 giugno 2006, n. 17, pur collocandosi in parziale controtendenza rispetto alla prima per quanto riguarda i contenuti del progetto (sembrando ora le indicazioni ministeriali più favorenvoli ad una lettura restrittiva del requisito della "specificità"), sul punto tace.

[1016] Nel senso della presunzione assoluta di subordinazione v. M. MISCIONE, *Collaborazioni a progetto e prestazioni occasionali nelle circolari amministrative*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, n. 7, pp. 463 464; M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, sub *Artt. 61-69*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. n. 276/2003* cit., 2004, p. 742; A. PERULLI, *Art. 61*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro* cit., p. 707 ss. L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative,* in *Lav. giur.*, 2004, n. 3, p. 248.

[1017] Così P. ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro,* relazione al convegno del Centro Studi Domenico Napoletano, Napoli, 28 gennaio 2005, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 131 ss. Da ultimo, sul tema, v. *Opinioni sul lavoro a progetto*, con interventi di A. PERULLI, e G. SANTORO PASSARELLI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 375 ss.

[1018] Questo non vuol dire che ci sia stato un significativo cambio di passo nell'atteggiamento dottrinale, che non di rado appare più inerziale dello stesso diritto: continuano a privilegiare il rapporto rispetto al contratto R. SCOGNAMIGLIO, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 675 ss. e E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 1 ss., di cui v. anche *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2006.

organizzata"; ed, al tempo stesso, ad una individualizzazione della sua utilizzazione. Cosa, quest'ultima, resa possibile, sia dalla facoltà offerta al datore di scegliere in una gamma assai ampia: lavoro a tempo indeterminato, a termine, a tempo pieno (modulato e flessibilizzato)[1019], *part-time*, lavoro interinale (compreso lo *staff leasing*), lavoro intermittente, accessorio, ripartito, occasionale, più un apprendistato uno e triplice ed un contratto di inserimento; ed, al di là del confine del lavoro subordinato, lavoro "a progetto", appalto d'opere e di servizi, "smaterializzato" e reso meno costoso, trasferimento esteso fino ad un ramo d'azienda "convenzionale"; dall'apertura effettuata a favore dell'autonomia individuale nella modulazione della disciplina, come risulta evidente in materia di *part-time* [1020]. Una facoltà di scelta del datore, questa, del tutto insindacabile nel merito, perché – anche a prescindere da una più ampia rilevanza sistematica degli artt. 27, c. 3, e 69, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003 – certo questi non possono che riguardare ogni ipotesi in cui si preferisca utilizzare un tipo contrattuale piuttosto che un altro, semprechè nel rispetto delle relative discipline.

Interessante riesce proprio il duplice caso dell'appalto e del trasferimento, perché rivela, almeno nel testo letterale, un legislatore compreso e permissivo rispetto alla progressiva perdita di fisicità ed oggettività dell'impresa: l'art. 29, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, reputa l'appalto "genuino" anche quando risulta "in relazione alle esigenze dell'opera e del servizio, dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati "; e l'art. 2112, co. 4 considera trasferimento anche quello di "parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento". Tutto questo, a prescindere dagli sforzi interpretativi fatti per riportarli dentro i confini collaudati, cioè – per l'appalto – quelli tracciati nei confronti della intermediazione e di intermediazione di manodopera, lecita solo in presenza di un contratto di somministrazione; e – per il trasferimento – quelli delineati nei rispetti di un'individuazione meramente soggettiva del ramo d'azienda[1021]. Come interessante appare anche il fatto

---

[1019] Sui tempi di lavoro v. P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I e II, Milano, rispettivamente 1984 e 1985; ID., *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1987; *Il Tempo di lavoro*, Giornate di studio di diritto di lavoro (Genova, 4-5 aprile 1986), con relazione di R. De Luca Tamajo, Milano, 1987; G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Milano, 2005.
In particolare, sull'orario di lavoro v. *L'orario di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 1995, n. 17; LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, 2001; e, dopo il d. lgs. n. 66/2003, v. C. CESTER, M. G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d.leg. 8 aprile 2003 n. 66*, Milano, 2004; V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, 2004; M. NAPOLI (a cura di) *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria (d.leg. 8 aprile 2003 n. 66). Commentario*, in *Nuove leggi civ.*, 2004; p. 1231 ss.

[1020] Il lavoro a *part-time* rinviene il suo primo regime organico nella l. 863/1984, per, poi, essere rivisto dai dd.Lgss. n. 61/2000, 100/2001, 276/2003; v. M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991; ID. (a cura di) *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001; M. PAPALEONI, *Il nuovo* part-time *nel settore privato e pubblico*, Padova, 2004.
Sulla rilevanza dell'autonomia individuale, v. S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1990, p. 87; M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1991, p.455; P. ICHINO, *Chi ha paura dell'autonomia individuale?,* in *Riv. giur. lav*., 1992, I, p.81; Giornate di studio Aidlass (Abano Terme, 21-22 maggio 2004), *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, con relazioni di M. Napoli e C. Zoli, Milano, 2005.

[1021] Su questi temi, fino al d. lgs. n. 276/2003 v. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, Milano, 1993; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporto di lavoro*, Napoli, 1999; A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda: la nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav*., 2001, p. 587 ss.; a commento del d. lgs. del d. lgs. n. 276/2003 v. AA.VV., *Il trasferimento d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004; AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in

che, quando nell'art. 31 dello stesso decreto legislativo, riconosce alla società capogruppo la possibilità di svolgere su delega tutti gli adempimenti per l'amministrazione del personale dell'intero gruppo, si preoccupi, però, di precisare che da ciò non è possibile dedurre alcuna configurazione unitaria del datore di lavoro, sì da permettere una concentrazione dei servizi e dei costi, senza mettere in discussione la distinta personalità giuridica, funzionale ad un'organizzazione reticolare[1022] [1023].

L'ampliarsi della gamma utilizzabile dal datore esponeva al rischio di una sovrapposizione e confusione, con conseguente ricaduta in termini di una perdita di certezza e di una accresciuta controversialità. Il legislatore ha creduto di potervi far fronte con la certificazione: estesa a tutti i contratti di lavoro, alle rinunzie e transazioni *ex* art. 2113, al regolamento delle cooperative di produzione e lavoro, alla stipulazione e alla successiva attuazione dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c. ed aiutata dalla predisposizione di "codici di buone pratiche" da parte del Ministro del lavoro; ma con limitata efficacia, che – se pur risolta sostanzialmente nel costringere l'Inps a impugnarla, prima di poter procedere nei confronti del datore di lavoro (artt. 75 ss. d.lgs. n. 276/2003) – non va sottovaluta in una stagione di caccia indiscriminata all'"evasione" contributiva.

Prima di chiudere, vale la pena di richiamare la parte finale della premessa metodologica, qui più che altrove meritevole di essere tenuta presente. Riscontrare nell'evoluzione legislativa un'attenuazione del carattere esclusivo del contratto a tempo indeterminato e pieno ed una moltiplicazione del modo di utilizzo del lavoro non vuol dire affatto che tutto questo abbia un riscontro nell'apparato produttivo: a stare al dato dell'Istat, il contratto a tempo indeterminato e pieno rimane ancora il tipo assolutamente prevalente; né pare a tutt'oggi esser stato seriamente ridimensionato a seguito dell'intervento del legislatore. Riprendendo qui un autore risalente, ma tradotto in Italia solo nel 1995 e divenuto in breve citatissimo, R. H. Coase, la scelta del datore di lavoro dipende dai "costi di transazione", cioè, in versione adattata al nostro discorso, da quanto debba spendere per un lavoratore stabile e quanto per un lavoratore da ricercare volta a volta

---

Dialoghi dottr. giur., Milano, 2004; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004. Da ultimo, sul decreto correttivo n. 251/2004, v. C. CESTER, *Il trasferimento di azienda e di parte dell'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, F. CARINCI (coordinato da), *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Milano, 2005, p. 109 ss.

[1022] Quello dei gruppi d'impresa è ritornato ad essere un argomento d'attualità proprio nell'ultimo decennio del secolo: v. T. TREU, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, 641; R. DE LUCA TAMAJO, *Gruppi di imprese e rapporti di lavoro: spunti preliminari*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, 67; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995; F. LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi d'imprese*, Torino, Giappichelli, 1996.

[1023] La relativa fungibilità di tutta una certa tipologia contrattuale è ben testimoniata dalla tendenza dottrinale ad affrontarla in "blocco": v., da ultimo, R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav*., 2005, 59 ss.; C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Giappichelli, Torino, 2006.
Sullo sfondo v'è quel tema classico del decennio '70 che riemerge a cavallo della fine del secolo per poi ritornare in primo piano dopo il d.lgs. n. 276/2003, cioè il decentramento produttivo: cfr. Giornate di studio Aidlass (Trento, 4 - 5 giugno del 1999), *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, con relazioni di P. Ichino, R. Romei e P. Lambertucci, Milano, 2000; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002; AA.VV., *Trasferimento d'azienda e esternalizzazioni nel diritto del lavoro*, Roma, 2004; V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.leg. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 3 ss. Per un approccio comparato v. R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti* e A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 3 ss. e, rispettivamente, 29 ss.

sul mercato[1024]. E, non per nulla, il legislatore, nel mentre, ha dilatato l'ambito contrattuale di scelta del datore, si è preoccupato, da un lato di incentivare il ricorso al contratto a tempo indeterminato e, dall'altro di accrescere il costo normativo e previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e del lavoro a progetto.

8.2. Il controllo dei poteri del datore di lavoro vis-à-vis dei diritti individuali.

Non si deve credere che il lungo e tormentato dibattito sulla "subordinazione" non abbia influito sull'*hard-core* del diritto del lavoro. Come si è già accennato, la scelta circa la "fonte" (contratto o rapporto) e circa la "natura" (tecnico-funzionale o socio-economica) della subordinazione, ha condizionato la sua estensione quantitativa e qualitativa, quale vista e vissuta dal lato dei poteri del datore: poteri articolati di regola nei due sottotipi fondamentali, direttivo e disciplinare[1025]. Tale pendolarismo ermeneutico ha avuto il suo punto di "forza teorica" nel potere disciplinare, caso peculiare di autotutela affidata allo stesso creditore e finalizzata ad una funzione "esemplare", all'insegna del punirne uno per educarne cento; ma il suo punto di "ricaduta pratica", nel potere direttivo: cosa, questa, alimentata dalla ben maggiore attenzione dedicatavi dal legislatore.

Il filone del controllo dei poteri del datore è continuo ed ininterrotto dal codice ad oggi, con un intreccio fra legislazione, giurisprudenza e dottrina, in chiave espansiva: la legislazione segue un suo corso, che tipicizza nuove forme ed allarga e rimodella le vecchie, secondo un duplice itinerario principale, quello "giustificatorio" e quello "antidiscriminatorio"; mentre, a loro volta, giurisprudenza e dottrina intervengono in via anticipatoria, classificatoria, estensiva. E proprio la giurisprudenza e la dottrina, nella loro attività ermeneutica, rivelano una certa tendenza *border line* rispetto al diritto privato, come ben sottolinea Adolfo Di Majo in un suo scritto del 1983[1026]. Da un lato, valorizzano categorie civilistiche (l'abuso di diritto, la correttezza e la buona fede, l'integrazione del contratto); dall'altro, civettano con figure socio-economiche (i "poteri forti") o mutuate dalla cultura pubblicista (gli "interessi legittimi" e la "parità di trattamento"), tutte già recuperate ed utilizzate dalla precedente dottrina privatistica.

L'uso del termine "poteri" è introdotto dalla dottrina degli anni '30, a cominciare da Ludovico Barassi, che distingue fra un "potere gerarchico" e "direttivo" ed un "potere disciplinare", con un

---

[1024] R. H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995. Solo negli ultimi anni si è andato sviluppando in Italia un interesse sul rapporto tra economia e diritto del lavoro, che ha avuto in P. ICHINO l'autore piu' convinto e continuo, da *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996 a *La stabilità del lavoro e la regola dell'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. lav*., 2005, I, p. 165 ss. Ma il dibattito è stato assai ricco: G. LOY, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1999, p. 547 e ss.; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento fra costituzionalismo e analisi economica*, in *Dir. merc. lav*., 2000, n.2, p. 415 ss.; R. DEL PUNTA, *Economia e diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 3 ss; L. CORAZZA, Contractual integration *e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004.

[1025] Come è ovvio il problema può essere affrontato sia dal lato passivo dei doveri del prestatore di lavoro fra cui *in primis* quello di obbedienza, sia da quello attivo dei poteri del datore di lavoro; ma poiché il processo legislativo e contrattuale ha operato soprattutto sul piano di una limitazione dei poteri, questo è divenuto il fronte privilegiato: v. comunque M. G. MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in C. CESTER - M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro, sub. Art. 2104 c.c.*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2007, pp. 269 ss.

[1026] A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav*., 1983, p. 341.

chiaro rinvio ad una organizzazione gerarchica, destinata a trovare ospitalità nel codice civile[1027]. L'uso – se pur depurato di tale connotazione da Francesco Santoro Passarelli, fin dal 1936, che riconosce l'esistenza di un "potere di direzione" e di un "potere disciplinare"[1028] – sopravvive nella dottrina post-costituzionale: qui non mancherà di supportare l'idea di una "realtà" dove c'è una sproporzione di forza tale da sollecitare una regolamentazione ispirata agli artt. 2, 3, 41, co. 2[1029]. Di fatto tutta la storia del secondo dopoguerra sarà segnata da un processo "al rilancio" di un controllo su tali poteri, che rinviene nel legislatore il suo principale protagonista, con un crescendo dagli anni '60 ai nostri giorni[1030].

Non senza una necessaria puntualizzazione. Quando si parla di poteri direttivo e disciplinare nel senso classico del termine, ci si riferisce a poteri esercitati nel corso del rapporto al fine di una sua gestione; ma ce ne sono altri attinenti all'"ingresso" e all'"uscita" dal rapporto, meno rilevanti in termini di ricostruzione della fonte e della natura della subordinazione, ma certo non meno in termini di attenzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale. Con linguaggio divenuto di moda, potremmo battezzarli come poteri relativi allo svincolo fra rapporto e mercato: da un canto, il potere negoziale, attinente alla scelta del contraente e alla modulazione del contratto, che rigido all'inizio, in ragione della originaria disciplina del collocamento e della preferenza assoluta accordata al contratto a tempo indeterminato e a tempo pieno è stato reso via via più flessibile nel

---

1027 V. L. BARASSI, *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Mialno, 1930, p. 100 ss.; in seguito, ID., *Diritto corporativo e diritto del lavoro*, Milano, 1942, p. 76 ss.

1028 V. F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, Padova, 1936, p. 86 ss.

1029 S. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970; C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; A. LERNER, voce *Potere (Dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 630.

1030 Il tema dei poteri direttivo e disciplinare del datore di lavoro è strettamente correlato a quello della subordinazione, costituendone l'aspetto attivo, assunto dalla giurisprudenza come indice privilegiato della presenza di un rapporto di lavoro subordinato. E non per nulla questo è ben presente alla dottrina, che ha trovato più facile ricondurre ad una logica contrattuale il potere direttivo (come espressione di una subordinazione tecnico-funzionale) che il potere disciplinare (forma peculiare di autotutela). Se questo è vero dal punto di vista teorico, da quello pratico il *pressing* sul controllo dei poteri datoriali si è esercitato soprattutto sul potere direttivo, ben difficilmente irreggimentabile in un regime procedimentale e sostanziale univoco ed omogeneo.
All'indomani dello Statuto dei lavoratori, il tema è stato oggetto delle Giornate di studio Aidlass (Saint-Vincent, 3-6 giugno 1971), *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, con relazioni di G. Suppjei e L. Spagnuolo Vigorita; cui *adde* L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore,* ora in *Diritto e valori,* cit., 1985; C. ZOLI, *Subordinazione, contratto e contropotere,* in *Lav. dir*, 1997, 241 ss.
In particolare, con riguardo al potere disciplinare, già G. F. MANCINI, in *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro,* Milano, 1965, aveva manifestato la difficoltà di ricondurlo al contratto di lavoro, posizione, questa, che si ritrova in L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973; G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, pp. 1 ss.; mentre per la tesi contrattualista v. C. ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963; M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2002. V. inoltre con riferimento al licenziamento disciplinare M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993. Il potere direttivo si è rivelato meno consono ad un trattamento sistematico unitario tanto che per lo *jus variandi,* M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore - Mutamento di mansioni e trasferimento (art. 2103),* Milano, 1997, ci offre una rassegna critica delle varie letture dottrinali: manifestazione del potere direttivo; scelta del creditore della prestazione richiesta nell'ambito di obbligazioni alternative; modifica consensuale dell'oggetto del contratto. L'unico lavoro monografico che mi risulti è quello di A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992. Il tema è comunque tornato di attualità in questo secolo: oltre a G. ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del convegno di studi di Venezia, 12 aprile 2002, Milano, 2002, cfr. M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002; U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-Taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2004, 1 ss; R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 467; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004.

corso degli ultimi decenni; dall'altro, il potere di recesso, vero e proprio "guardiano" del rapporto, che è stato disciplinato secondo un crescendo regolatorio, continuo, se pur non regolare.

Nel discorso che segue non si terrà conto dei poteri relativi all'ingresso, se non con riguardo all'apposizione del termine, essendo qui in gioco lo stesso "tipo contrattuale", come esemplarmente per il lavoro a progetto; mentre non si potrà prescindere dal potere di recesso. E si procederà con un'ovvia limitazione di campo, cioè con riguardo alla "procedimentalizzazione" ed alla "giustificazione" di tali poteri, senza allargarsi né ai requisiti formali, né ad altri tipi di limiti sostanziali, come quelli relativi alla restrizione della scelta in ragione di un'elencazione di ipotesi escluse (come per il contratto a termine); alla predeterminazione di vincoli temporali (come per l'orario di lavoro), spaziali (come per il distacco), di adibizione a particolari lavori (come per le donne e per i minori), ecc.

La parola passa, ora, ad una panoramica della legislazione, che, facendo di necessità virtù, sarà estremamente sintetica, tale, quindi, da non dar ragione della sua grande complessità e problematicità, ma solo da offrire un'idea della sua direzione di marcia. Panoramica, questa, che verrà articolata su una ricognizione delle "tecniche": la previsione di un procedimento che deve precedere l'esercizio del potere; l'introduzione di un controllo sul "criterio" o sul "motivo", giuridicamente rilevanti per l'esercizio del potere medesimo.

8.2.1. La "procedimentalizzazione".

Percorrendo a ritroso la vicenda della "procedimentalizzazione"[1031], essa può essere classificata secondo una triplice variante che, peraltro non sempre si presenta nella sua forma pura: "legale" o "contrattuale", con riguardo alla fonte, legge o contrattazione collettiva; "collettiva" o "individuale", con riguardo al soggetto coinvolto, sindacato o singolo lavoratore; "forte" o "debole" con rispetto all'impatto sul potere del datore: "forte" se serve a costituire un potere *ex novo* o se non esaurisce il controllo su un potere originario, lasciandolo pur sempre soggetto ad un sindacato sul "criterio" o "motivo" del suo esercizio; e, rispettivamente, "debole", se, viceversa, una volta terminato l'*iter,* il potere originario che ne è stato oggetto, può essere esercitato liberamente.

È questa una tecnica ampiamente utilizzata dalla legge. Se ne ritrova un'esemplificazione nello stesso Statuto dei lavoratori, dove è presente come "collettiva" in senso "forte", negli artt. 4 e 6, che, in tema di impianti audiovisivi e, rispettivamente, di visite personali di controllo, prevedono un sistema misto di divieti generali e di eccezioni motivate, rimesse ad una sequenza collettivo-amministrativa che, solo a seguito dell'accordo raggiunto o dell'intervento sostitutivo dell'Ispettorato del lavoro, legittima il datore di lavoro ad introdurre i previsti sistemi di controllo; e come "individuale" in senso "forte", nell'art. 7, che, in materia di sanzioni disciplinari, introduce un procedimento che, una volta espletato, permette al datore di irrogare la sanzione, ma vincolandolo

---

[1031] V. U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1048 ss; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, Milano, 1982; C. ZOLI, *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali,* in M. D'ANTONA (a cura di), *Letture di diritto sindacale,* Napoli, 1990, p. 379; F. LISO. *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991,* in *Riv. giur. lav.*, 1993, pp. 3 e ss.; M. MISCIONE, *La "procedimentalizzazione" dei poteri imprenditoriali*, in *Lav. giur.*, 1994, p. 109 ss.; M. NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., pp. 165 ss.
Nel senso che nel caso della procedimentalizzazione "la contrattazione collettiva è tecnica di condizionamento dei poteri imprenditoriali e non una tecnica proiettiva sul piano collettivo degli interessi individuali del lavoratore" M. NAPOLI, *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 168.

sia nel "criterio" da seguire per le sanzioni conservative (quello della "proporzionalità" ai sensi dell'art. 2106 c.c.), sia nel "motivo", tanto per le sanzioni conservative che per quelle espulsive. Per non parlare del fatto che l'eventuale ricorso al collegio arbitrale, comporta la sospensione stessa delle sanzioni, tanto da far parlare del tramonto dell'autotutela del datore di lavoro.

Ed il legislatore continuerà a ricorrere alla procedimentalizzazione "collettiva", sia pure secondo una casistica variegata. Casistica che riecheggia la variante "forte" negli artt. 5 l. n. 164/1975 e 1 l. n. 223/1991, dove la procedura per la concessione della cassa integrazione guadagni contempla un esame congiunto che precede il provvedimento amministrativo legittimante il potere datoriale di sospensione; nonché negli artt. 4, 5, 24 della l. n. 223/1991 in tema di messa in mobilità/riduzione di organico e di individuazione dei criteri per la scelta dei lavoratori da mettere in mobilità e nell'art. 47 della l. n. 428/1990, in tema di trasferimento d'azienda: ipotesi tutte, queste ultime, dove, una volta esaurita la procedura collettiva, senza realizzare alcuna intesa, il potere del datore resta sindacabile per il "criterio" o per il "motivo" spesi nel suo esercizio. Casistica che ricorda, invece, la variante "debole", negli artt. 4 e 5 del d.lgs. n 25/2007, in tema di informazione e consultazione sindacale, dove, una volta espletata la procedura sindacale, senza raggiungere alcuna intesa, il potere del datore resta di regola insindacabile.

A sua volta, la contrattazione collettiva, utilizzerà largamente la tecnica della procedimentalizzazione, come esemplarmente, a partire dalla tornata contrattuale del 1977, in materia di informazioni, consultazioni, esami congiunti.

Ora, l'eventuale inosservanza delle procedure, considerate in sé e per sé, vizia l'esercizio del potere del datore, rendendolo inesistente (art. 4 e 6 St. lav.), nullo (artt. 7 St. lav.), annullabile (artt. 4, 5, 24 l. n. 223/1991), comunque illegittimo (art. 47 l. n. 428/1990; artt. 4 e 5 d.lgs. n. 25/2007; procedure introdotte dalla contrattazione collettiva). Come visto a suo tempo, il sindacato potrà far ricorso a quell'art. 28 St. lav., che costruisce ormai uno strumento di utilizzo generale; mentre il singolo, potrà, di regola, impugnare l'atto del datore, contentandone i vizi procedimentali. Di regola, ma non sempre: la Cassazione lo ha escluso per la procedura relativa al trasferimento d'azienda; e lo si può escludere di massima, per le procedure di informazione e consultazione dei lavoratori introdotte dal d.lgs. n. 25/2007 e dalla contrattazione collettiva.

8.2.2. Il controllo sostanziale sul "motivo" e/o sul "criterio".

Fermo restando i precedenti – rinvenibili nello stesso codice civile (artt. 2103, 2106 e 2119) del 1942 e nelle ll. n. 860/1950 (licenziamento della lavoratrice madre) e n. 7/1963 (licenziamento per causa di matrimonio) – il punto di decollo del controllo deve esser individuato nella l. n. 604/1966: questa, coi suoi artt. 3 (sul giustificato motivo "soggettivo" ed "oggettivo") e 4 (sul licenziamento discriminatorio") apre la via al duplice percorso del controllo sui "motivi" e sui "criteri" giuridicamente rilevanti per l'esercizio dei poteri del datore di lavoro: "giustificatorio" e, rispettivamente, "antidiscriminatorio". Percorso ripreso ed ampliato, da lì a qualche anno dallo Statuto dei lavoratori che, da un canto, con l'art. 7, regola *ex novo* il potere disciplinare e, rispettivamente con l'art. 13, novella l'art. 2103 c.c., disancorando sì lo *jus variandi* dalle "esigenze dell'impresa", ma ancorando il trasferimento, da un'unità produttiva all'altra, a «comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive»; e ricollega alla dichiarazione di inefficacia o invalidità del licenziamento, intimato in unità produttive o imprese al di sopra dei limiti dimensionali previsti, la tutela "reale". E, d'altro canto, dilata la tutela antidiscriminatoria, con gli artt. 15 e 16.

A questo punto è solo il caso di riepilogare sinteticamente il cammino legislativo del dopo-Statuto. Sul fronte "giustificatorio", i passaggi rilevanti sono rappresentati dall'art. 1 della l. n. 108/1990, che amplia la tutela "reale" dell'art. 18 l. n. 300/1970 e dall'art. 2, co. 1, 2, 3 che dilata e rafforza la tutela "obbligatoria" di cui alla l. n. 604/1966, nonché dagli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991, che disciplinano la messa in mobilità ed i licenziamenti per riduzione del personale[1032]; dall'art. 1, co. 1 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, che libera l'uso del contratto a termine dal vincolo "casistico" legislativo o collettivo, collegandolo, l'apposizione del termine, a "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" e, rispettivamente, la proroga, a "ragioni oggettive"; dall'art. 20, co. 3 e 4, del d.lgs. n. 276/2003, che giustifica l'utilizzo della somministrazione a tempo determinato per le stesse ragioni previste per il contratto a termine; dall'art. 30, co, 1 e 3, che vincola il distacco ad un interesse "proprio" del datore di lavoro e, rispettivamente, nel caso di un distacco comportante un trasferimento ad unità produttiva distante più di 50 km da quella cui il lavoratore è adibito, lo considera legittimo solo in ragione di "comprovate ragioni tecniche, organizzative e sostitutive".

Mentre, sul fronte "antidiscriminatorio", i passi significativi sono costituiti dagli artt. 1 e 3, co. 2 e 13 della l. n. 903/1977, che vietano qualsiasi discriminazione in ragione del sesso nell'accesso al lavoro, nell'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e nella progressione di carriera; dall'art. 3 della l. n. 108/1990, che ricollega alla nullità del licenziamento determinato da ragioni discriminatorie, ai sensi degli artt. 4 della l. n. 604/1966 e 15 dello Statuto dei lavoratori, la tutela "reale", a prescindere da qualsiasi limite dimensionale e dall'art. 13 della stessa legge, che novella l'art.

[1032] I licenziamenti hanno costituito un vero e proprio cavallo di battaglia della dottrina, costretta a inseguire una legislazione e giurisprudenza in continua evoluzione. Sui licenziamenti individuali, il punto classico di partenza resta tutt'oggi l'opera di G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I e II, Milano, 1962 e 1965; poi la produzione ha toccato i suoi picchi all'indomani degli interventi del legislatore: dopo la l. n. 604/1966 e lo Statuto dei lavoratori v. M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO - G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro,* cit., p. 593 ss.; G. F. MANCINI, *Commento all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile* cit., 1972; M. V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982; cui *adde Atti delle giornate di studio dell'Aidlass* (Torino, 16-17 maggio 1987), sul tema *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Milano, 1988, con relazioni di M. Dell'Olio e F. Mazziotti; dopo la legge n. 108/1990 v. P. SANDULLI - A. VALLEBONA - C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990: G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti individuali*, Napoli, 1990; F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, Torino, 1991; R. DE LUCA TAMAJO - M. D'ANTONA (a cura di), *Commentario della l. 11 maggio 1990, n. 108*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1991, p. 133 ss.; F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004; M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* cit., 2005. E da ultimo v. la relazione di L. NOGLER alle Giornate di studio Aidlass *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro* (Venezia 25-26 maggio 2007), pubblicata in *www.aidlass.org*.

Sui licenziamenti collettivi, dopo la legge 223 del 1991 v. G. FERRARO - F. MAZZIOTTI - F. SANTONI, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1994, p. 236 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA - L. GUAGLIONE - F. SCARPELLI, *Commento alla l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1993, p. 1103; M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla l. n. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1994, p. 930; AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, n. 19; A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova 1996; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004; R. SANTUCCI (a cura di), *I Licenziamenti collettivi tra questioni interpretative e nuove regole*, Milano, 2005; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* cit., 2006. E da ultimo v. la relazione di M. Ricci alle Giornate di studio Aidlass "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro" (Venezia 25-26 maggio 2007), pubblicata in *www.aidlass.org*.

Sui licenziamenti individuali e collettivi v. G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993; O. MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1999; *I licenziamenti individuali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26; M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005; R. DE LUCA. TAMAJO - F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

15 dello Statuto dei lavoratori, estendendone l'ambito ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso; dall'art. 4 della l. n. 125/1991, dall'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998, dall'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, che dichiarano nulli, in un crescendo, gli atti e patti che rechino pregiudizio in ragione del sesso (discriminazioni dirette o indirette), per motivi razziali, etnici e religiosi, per diversi motivi.

Ma non ci si deve lasciar ingannare: la continuità nella modellistica delle "tecniche" di controllo dei poteri datoriali, non nasconde una duplice sostanziale discontinuità rispetto allo Statuto. La prima è stata già ricordata, costituita com'è dalla transizione da un diritto del lavoro imprenditore-centrico ad uno datore-centrico, con a *pendant* una progressiva perdita di primazia del lavoratore a tempo indeterminato e pieno: il d.lgs. n. 368/2001 e i dd.lgs. nn. 61/2000 e 276/2003, "liberalizzano" il ricorso al termine e, rispettivamente, al *part-time*; mentre la l. n. 196/1997 e il d.lgs. n. 66/2003, sia pur nell'ambito di una riduzione dell'orario di lavoro, ne permettono una modulazione ed una flessibilizzazione. La seconda discontinuità riguarda uno spostamento di enfasi e di rilevanza, simmetrico a quello segnalato per il diritto sindacale, cioè verso il controllo giudiziario.

Nel duplice filone, quello "giustificatorio" e quello "antidiscriminatorio", la configurazione di diritti soggettivi pieni e perfetti che si possono far valere di fronte al giudice è fuori discussione. Il modulo è quello classico del diritto privato, cioè di un rapporto, che viene a costituire il "supporto" di posizioni soggettive attive e passive, con una duplice variante, la quale contraddistingue il diritto del lavoro come peculiare. Quantitativa, la prima, data dalla ricchezza di tali posizioni, introdotte *ex lege*; qualitativa la seconda, rappresentata dalla loro tecnica "sanzionatoria".

La ragione è al tempo stesso semplice e nota, essendo alla base della nostra materia, cioè l'implicazione della persona del lavoratore, che chiama in causa tutta una serie di valori costituzionalmente garantiti, destinati a "penetrare" nel rapporto attraverso una mediazione legislativa, divenuta col tempo sempre più diffusa ed intensa. Questo, però, risponde ad una tendenza generale, non esclusiva *del*, se pur elettiva *per il* contratto di lavoro subordinato, con una dilatazione ipetrofica della sua etero-regolamentazione, di per sé non tale da portarlo al di fuori del diritto privato; come non avviene per altri rapporti come per quelli di locazione e del consumatore in generale. Il problema non concerne tanto la quantità, ma la qualità della tecnica utilizzata; cosa, questa, che rende necessario ripartire dalla distinzione fra filone "giustificatorio" e "antidiscriminatorio".

8.2.2.1. Il filone "giustificatorio".

È questo il filone più importante, non solo da un punto di vista pratico, ma anche teorico, dato che il controllo esercitato può sconfinare in un sindacato di merito sulla libertà di iniziativa economica del datore di lavoro.

8.2.2.1.1. Il controllo sul motivo.

L'esempio classico è dato dal recesso, con riguardo non tanto al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, riconducibile ad un inadempimento; quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ricollegabile ad un fattore economico-produttivo. E proprio quest'ultimo è venuto a costituire il modello di riferimento del licenziamento per riduzione del personale, del ricorso al contratto a termine, del trasferimento del lavoratore, del distacco. Ora – senza pretendere di entrare in un dibattito che ha fatto versare il classico fiume d'inchiostro –

fin dall'inizio ha pesato quel che costituisce il vero e proprio punto di non ritorno, oltrepassato il quale ci si lascia alle spalle l'autonomia privata, cioè la "funzionalizzazione" dell'impresa", come demonizzata da Gustavo Minervini in un saggio del 1961[1033]. Si può dire che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie abbiano fatto quadrato al riguardo; e – a prescindere dal caso significativo ma peculiare della c.d. privatizzazione del pubblico impiego – ne costituisce un ultimo significativo esempio il fatto che lo stesso esercizio del potere disciplinare nei confronti dei lavoratori scioperanti in violazione dei limiti posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, così come accertati dalla Commissione di garanzia, sia stato ricondotto nell'ambito del regime comune, escludendosi che possa considerarsi "funzionalizzato".

Il discorso, però, merita un approfondimento. La dottrina ha teorizzato una linea difensiva basata sulla distinzione fra limiti interni ed esterni, condivisibile solo a condizione di intenderla correttamente[1034]. Come noto, per limiti interni si intendono quelli attinenti al "perché" il potere viene esercitato e per limiti esterni, quelli riguardanti il "come": sia il "perché" che il "come" sono quelli e solo quelli giuridicamente rilevanti.

Ora il ragionamento classico, con cui si ricostruisce il *modus operandi* di un potere datoriale che deve essere "giustificato", distingue fra una scelta organizzativa a monte ed una scelta gestionale (relativa al rapporto di lavoro) a valle, con una diversa conseguenza in termini di controllo giudiziario.

Il controllo della scelta organizzativa a monte è limitato alla *effettività*, senza potersi spingere oltre; interpretazione, questa, che trova oggi una puntuale conferma negli artt. 27, c. 3, 69, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, che, a proposito del sindacato del giudice sui presupposti causali della somministrazione e del lavoro a progetto, lo limita "esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dell'esistenza" di tali presupposti, "e non può essere spinto fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano" al committente e, rispettivamente, all'utilizzatore. E che il discorso sia sistemantico, e non casistico, relativo ai casi richiamati, lo testimonia ampiamente l'espressione "in conformità ai principi generali dell'ordinamento", che rinvia implicitamente all'art. 41 c. 2 Cost. e alla legislazione giuslavoristica; anche se di per sé l'espressione in parola non è in grado di elevare a principi generali quelli che non siano tali in ragione dell'*analogia iuris*.

Mentre, il controllo della scelta gestionale a valle, attiene alla *relazione causale* con la scelta organizzativa a monte; con una precisazione, che, cioè, la ricostruzione della relazione *sub specie* di "causalità", deve essere rettamente intesa. La scelta organizzativa è causa "finale", non

---

[1033] G. MINERVINI, *Contro la 'funzionalizzazione' dell'impresa privata*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, III, Padova, 1961, p. 23 ss.

[1034] La distinzione tra limiti interni e limiti esterni è stata valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento al diritto di sciopero, per determinarne l'ambito con riguardo al titolare, al modo e allo scopo e rispettivamente al rapporto con altro diritto costituzionalmente tutelato: v. F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, cit. Parte autorevole della dottrina sostiene che i limiti posti ai poteri del datore di lavoro sarebbero solo esterni, (v. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità* cit.; O. MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, pp. 583 e ss.); ed in particolare lo sarebbero quelli relativi al licenziamento per giustificato motivo oggettivo (F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, p. 90 e 153 e ss.). In senso diverso, ma che non pare sconfinare in un sindacato sulla scelta a monte del datore di lavoro, P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p.473 ss., che porta il discorso sul piano di un calcolo economico del costo sopportato dal datore in caso di mantenimento e licenziamento del lavoratore, e E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi* cit., 2006, che fa ricorso a una nozione estensiva di correttezza e buona fede; mentre pare sconfinare, M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato* cit.

"efficiente", sì da "giustificare" non produrre quella gestionale; e da giustificarla come *una* scelta "compatibile" (secondo ragionevolezza), non come *la* scelta "ottimale" (secondo razionalità e proporzionalità).

Solo che, dovendo la scelta gestionale riuscire giustificata in base a tale relazione causale, è certo soggetta ad un limite interno, essendo il suo "perché" giuridicamente rilevante costituito proprio dalla relazione in parola. Coerentemente l'onere della prova è a carico del datore e la sanzione è quella dell'invalidità dell'atto per carenza della "giustificazione": annullabilità, nel licenziamento per giustificato motivo obbiettivo, per mancanza sia di "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso" (art. 3, l. n. 604/1966); sempre annullabilità, nel licenziamento per riduzione del personale, per mancanza di una "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" (art. 24, co. 1, l. n. 223/1991); nullità del trasferimento, in assenza delle "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" (art. 2103, co. 1 c.c.); nullità del distacco non fondato su un interesse "proprio" del datore di lavoro o implicante il trasferimento ad una unità produttiva situata ad oltre 50 km dalla originaria sede di lavoro, in assenza di "comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive" (art. 30, co. 1 e 3, d.lgs. n. 276 /2003); nullità dell'apposizione del termine nel contratto di lavoro e nella somministrazione, in assenza delle "ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo" (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368/ 2001) e, rispettivamente, di "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferite all'ordinaria attività dell'utilizzatore" e (20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003); nullità della proroga del termine in carenza di "ragioni oggettive" (art. 4, d.lgs. n. 368/2001).

Ora, a prescindere dai ricorrenti tentativi operati sia per sfondare il tetto costituito dalla insindacabilità della scelta organizzativa a monte sia per dilatare l'ambito della sindacabilità della relazione causale fra scelta organizzativa e gestionale; proprio quella appena delineata costituisce la intelaiatura di base su cui la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria declinano le varie formule usate dal legislatore. Dando atto che, poi, tale declinazione comporta per ogni ipotesi una problematica specifica, anche se c'è una tendenziale coincidenza fra le espressioni utilizzate dalla legge, ci si può limitare a segnalare come a proposto del licenziamento per riduzione del personale, la giurisprudenza tenda a limitarsi alla verifica dell'osservanza della procedura, al cui interno viene ricondotto anche il *repechage*, sotto forma di assenza di alternative (c.d. acausalità del licenziamento collettivo)[1035], per concentrarsi sull'utilizzazione dei criteri di scelta; mentre parte autorevole della dottrina, riconducendo ad uno stesso *genus* il licenziamento per giustificato motivo obbiettivo e il licenziamento per riduzione del personale, in base alla comunanza delle ragioni

---

[1035] Secondo una delle più recenti, Cass. 23 marzo 2004, n. 5794, in *Not. giur. lav.*, 2004, n. 5, p. 676, l'istituto del licenziamento collettivo ha rilevanza "esclusivamente procedimentale, di modo che il sindacato giudiziale" può svolgersi "soltanto sull'osservanza degli obblighi procedurali" (per una ricca rassegna, G. SPINELLI, *Profilo causale dei licenziamenti collettivi e ruolo della procedura sindacale*, in *Dir. rel. ind.,* 2006, p. 362, nota n. 28). Conformi L. SPAGNOLO VIGORITA, Commento all'art. 24, in, p. 1112; M PERSIANI, *I licenziamenti collettivi nella riduzione del personale nella l. n. 223/1991: le procedure*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 2112.
La dottrina maggioritaria è schierata in senso contrario: prima, in base alla tesi che tutti i licenziamenti fossero, comunque, individuali (G. GIUGNI, intervento, in Aidlass, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa* cit., p. 100; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; p. 258); poi, in forza della teoria della "consustanzialità" tra licenziamento per g.m.o. e licenziamento collettivo (M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, in *Digesto disc priv., Sez. comm.,* Torino, 1993, p. 93; R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *Quad. dir. lav. rel. Ind.*, 1997, p. 99 ss.; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p.213 ss.; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi* cit., p.117 ss.

giustificatrici – con ad unico *distinguo,* il dato numerico e spaziale/temporale – concluda per una comune causalità.

8.2.2.1.2. Il controllo sul "criterio".

Da un punto di vista concettuale è possibile distinguere, anche quando coesistano, fra limiti riguardante i "motivi" e quelli riconducibili ai "criteri", utilizzati in senso assoluto o comparativo. Cosi nel caso dell'esercizio del potere disciplinare, la sanzione applicata deve essere non solo fondata su un inadempimento, ma anche proporzionata alla sua gravità (senso assoluto); e nei casi della messa in mobilità e del licenziamento per riduzione del personale, una volta che i rispettivi requisiti causali risultino soddisfatti (ma qui, come visto, rileva la tesi della c. d. "acausalità" dei licenziamenti per riduzione del personale, fatta propria dalla Cassazione), i recessi devono avvenire nel rispetto delle "esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale" – declinate secondo i criteri *ex contractu* o/e *ex lege*[1036] (senso comparativo).

Un *pendant* è riscontrabile in quella contrattazione collettiva che è venuta a disciplinare le promozioni. In prima battuta la Cassazione aveva creduto di poter ricostruire le posizioni soggettive lese in termini di "interessi legittimi di diritto privato", sulla linea di autorevole contributo privatistico[1037]. Ma poi si è assestata sulla linea classica, condivisa dalla dottrina giuslavoristica, che ritiene di individuare non "interessi legittimi", ma diritti strumentali contrapposti ai diritti finali: relativi, i primi, allo svolgimento del processo selettivo; riguardanti, i secondi, il conseguimento del risultato utile di tale processo[1038].

Ora pare che il controllo sul "criterio" si risolva in un limite "esterno", perché qui il vincolo, in sè e per sé considerato, riguarda non *il perché* della scelta gestionale, ma *il come* della selezione di coloro che ne sono destinatari. Tanto è vero che – nel caso di una selezione rivelasi illegittima ai fini di una messa in mobilità o di licenziamento per riduzione del personale – il datore può procedere nei confronti di altrettanti lavoratori, quanto sono quelli riammessi in servizio.

8.2.2.2. Il filone "anti-discriminatorio".

Il filone "antidiscriminatorio" è quello che si è venuto più ingrossando nel corso del tempo, con un chiaro cambio di segno. L'art. 4 della l. n. 604/1966 considera discriminatorio il licenziamento

---

[1036] Con riguardo specifico al tema dei criteri v. F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p.319; R. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1983, 775; F. LUNARDON, *Il licenziamento per riduzione del personale: presupposti e criteri di scelta dei lavoratori*, in *Giur. piemontese*, 1993, p.7; L. CASTELVETRI, *I criteri di scelta nelle riduzioni di personale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 497 ss; R. DEL PUNTA, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 566; S. LIEBMAN, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Lav. giur.*, 2002, 820;

[1037] Cass. Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro. It,* 1979, I, c. 2548, che con riguardo a promozioni effettuate con procedure selettive di origine pattizia, chiamava in causa la figura dell'interesse legittimo nel caso di promozioni discrezionali (promozioni per scelta) e la correttezza e buona fede nel caso di promozioni vincolate nei modi e nei termini sì da mettere capo a veri e propri obblighi (promozioni per concorsi privati in senso stretto). Per la figura dell'interesse legittimo nel diritto privato v. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; ID, *Osservazioni minime su "poteri privati" ed interessi legittimi,* in *Riv. giur. lav.*, 1981, 259 ss.; cfr. anche, M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 1 ss e 212 ss.

[1038] In questo senso v. O. MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1987, I, 188; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, cit.; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro,* Rimini, 1990.

"determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali" e l'art. 15 St. lav. qualifica come discriminatorio ogni patto o atto riconducibile alle stesse ragioni. Ma già nell'aggiornamento successivo di tali articoli, riesce evidente il carattere trainante assunto dal fattore sesso: l'art. 15, ult. comma, St. lav., è esteso dall'art. 13 della l. n. 903/1977 alle ragioni "razziale, di lingua o di sesso"; e l'art. 4 della l. n. 604 /1966 è dilatato dall'art. 3 della l. n. 108/1990 a tutte le ragioni *ex* art. 15 St. lav., come precedentemente novellato[1039].

Solo che lo sviluppo successivo, centrato sul "sesso" conosce un arricchimento, perchè sullo stesso filone si innesta un indirizzo promozionale delle pari opportunità fra uomo e donna[1040]. Il tutto è oggi ricomposto nel d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, battezzato come "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna": un testo compilativo, appesantito da un libro I di ben 22 articoli, dedicato ad un sistema operativo ipertrofico (una Commissione e di un Comitato nazionale, Consiglieri nazionali, regionali e provinciali, con relativa rete nazionale, un Comitato per l'imprenditoria femminile), tutto all'insegna di una burocratizzazione partecipata tanto *polically correct* quanto inefficace. Qui, però, interessa il libro III, che sotto il comune titolo "Pari opportunità nel lavoro" dedica i sui capi I, II e III alla "discriminazione" ed il suo IV alla "promozione delle pari opportunità", tematiche da tenere distinte proprio con riguardo alla loro ricaduta sui poteri del datore di lavoro[1041].

Dato il carattere compilativo del codice, vengono riprese dalla legislazione precedente, da un lato – in tema di discriminazione – le definizioni di discriminazioni dirette ed indirette, di molestie e di molestie sessuali, nonché i divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro, di discriminazione retributiva, di discriminazione nella prestazione lavorativa, nella carriera, nell'accesso alle prestazioni previdenziali, al divieto di licenziamento per causa di matrimonio; dall'altro – in materia di promozione delle pari opportunità – le azioni positive.

Ora non è mia intenzione scendere, qui, ad un esame di quello che ben può essere considerato un ramo del diritto del lavoro, configurabile nei termini di un sotto-sistema. Mi è sufficiente sottolineare come di massima ci si trovi di fronte, da un canto, al classico bando del "fine discriminatorio"; dall'altro, ad un intervento incentivante delle azioni positive, disciplinate con riguardo alle finalità, ai promotori, ai finanziamenti, ma destinate a rimanere volontarie e temporanee, affidate ad un'iniziativa unilaterale o bilaterale, almeno per il datore di lavoro privato.

L'aver ravvisato un filone anti-discriminatorio non vuol dire dar per scontato un comune regime, se non nel suo nocciolo duro, dell'onere della prova – a carico del lavoratore – e del rimedio sanzionatorio – costituito dalla nullità dell'atto. Ma proprio qui il riferimento prioritario ad un atto appare del tutto insufficiente, essendo assai spesso lo scopo discriminatorio realizzato attraverso un comportamento che non si risolve in un atto. Tant'è che, a fronte di una tutela costruita sulla nullità degli atti o patti (art. 15 St. lav.) e del licenziamento discriminatorio (art. 3 l. 108/1990, la

---

1039 *Ex plurimis* cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole: eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001.

1040 C. SMURAGLIA, (a cura di), *Le discriminazioni di genere sul lavoro: dall'Europa all'Italia*, Roma, 2005; S. FABENI, G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005; D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie e sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 447 ss.

1041 Cfr. P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 559 ss.; R. SCIOTTI, *Novità legislative in tema di pari opportunità tra uomo e donna*, in *Dir. lav.*, 2006, I. p. 337 ss.

legislazione poi confluita nel Codice delle pari opportunità fra uomo e donna ha introdotto la nozione di comportamento discriminatorio in base al sesso; e, come detto, a suo tempo, vi ha posto a guardia dei divieti, dei ricorsi ricalcati sull'art. 28 St. lav., rimedio tagliato a misura proprio di un comportamento, sia nel presupposto che nello strumentario repressivo.

Così, con rispetto al licenziamento discriminatorio, la giurisprudenza di legittimità privilegia la tesi c.d. soggettiva (art. 1345 c.c.), nell'ambito del ricorso al tradizionale strumentario giudiziale, con un onere della prova rimesso ad un esame comparativo riguardante una pluralità di situazioni soggettive o di circostanze di fatto ed una sanzione degradata ad una sanzione di nullità accompagnata dalla tutela reale. Mentre, con riguardo al comportamento discriminatorio in base al sesso, la quasi unanime dottrina fa propria la tesi c.d. oggettiva (artt. 1343, 1344, 1418 c.c.), nel contesto di ricorsi contraddistinti da un onere della prova che, *ex* art. 40 del Codice, – a fronte di elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori – viene scaricato sul datore di lavoro[1042]; e per i ricorsi previsti dagli artt. 37 e 38 possono mettere capo ad un provvedimento che "ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti".

Un caso peculiare continua ad essere rappresentato dall'art. 16 St. lav., in tema di trattamenti discriminatori ai sensi dell'art. 15, perché non solo l'azione è esperibile sia dai singoli lavoratori, sia dalle associazioni sindacali cui abbiano conferito mandato, ma la condanna è a favore di un "terzo", consistendo nel pagamento a favore del Fondo pensione dei lavoratori dipendenti di "una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno".

8.2.2.3. La "tipicità" del controllo.

Non si è mancato di sottolineare come la dottrina abbia giocato ad un "*continuo rilancio*" del controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore, sia cercando di generalizzarlo al di là delle fattispecie legislative previste; sia tentando di renderlo più stringente all'interno di quelle stesse fattispecie. Premetto che la tendenza mi sembra comprensibile, ma non giustificabile: può essere che la ragione profonda di questa mia contrarietà sia una deformazione neo-positivistica; ma l'argomentazione che la supporta è perlomeno meritevole di attenzione. La chiamata in causa dell'art. 41, co. 2 è ricorrente, ma con troppa facilità si dimentica che c'è un co. 1 che precede il co. 2; e l'inveramento di quest'ultimo rimane compito del legislatore: non è un fatto formale, ma sostanziale, di un "compromesso" fra due principi, che il Parlamento deve realizzare ed il Giudice delle leggi sindacare, secondo il fondamentale criterio del contemperamento degli interessi in gioco. Interessi, fra l'altro, che non sono meramente individuali, come se tutto si risolvesse in un confronto fra singolo imprenditore e singolo lavoratore; ma generali, cioè tali da richiedere un bilanciamento fra sviluppo del sistema e regime garantista, fra chiusura agli *insiders* ed apertura agli *outsiders*.

[1042] Cfr. T. TREU, *Commento all'art. 1*, in T. TREU (a cura di), *Legge 9 dicembre 1977, n. 903 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 795 ss. e 822; S. SCARPONI, *Il giudice e il divieto di discriminazione*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 235 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 214 ss.; E. GHERA, *Azioni positive e pari opportunità*, in *Giorn. dir. lav. rel. Ind.*, 1995, p. 17 ss.; R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in Atti del XI Convegno Aidlass, Milano, 1996, p. 35 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000, pp. 99-104.

D'altronde una giustificazione ad una "supplenza interpretativa" in chiave costituzionale ci sarebbe se mancasse una nutrita ed articolata legislazione *ad hoc.* Ma così non è; e trattasi di una legislazione che interviene su dei poteri che, scaturenti dal contratto o dal rapporto, si debbono ritenere liberi nella forma e nella sostanza, nei limiti derivanti dalla loro fonte costitutiva: gli ulteriori limiti *ex lege* devono essere interpretati nei modi e termini consentiti dai criteri ermeneutici generali, tanto più che risultano posti da norme imperative ed assistiti dalla sanzione dell'invalidità, di norma *sub specie* di nullità.

Risulta, peraltro improprio il ricorso a presunti principi generali dell'ordinamento o del diritto del lavoro, quali quelli della parità di trattamento o della razionalità e della proporzionalità[1043]. Come noto, il principio della parità di trattamento può essere declinato in positivo e in negativo: nel primo senso, trova riscontro nel nostro diritto del lavoro, a cominciare dalle ll. nn. 1369/1960 e 230/1962, che lo hanno introdotto, sotto forma di parità di trattamento economico per dipendenti dell'appaltatore negli appalti intro-aziendali e, rispettivamente, per i lavoratori a termine; nel secondo senso, ha una valenza anti-discriminatoria, come nell'ipotesi tipica della parità uomo/donna[1044].

Ogni sforzo, ispirato dal pensiero privatista e condotto con prevalente richiamo a principi costituzionali (artt. 3, co. 1 e 36) è rimasto largamente minoritario: significativo è il percorso iniziato da C. cost. n. 103/89[1045] e, in un primo momento, recepito dalla Corte di Cassazione [1046], circa l'esistenza di un obbligo di parità di trattamento, sindacabile secondo ragionevolezza, con riguardo non solo all'esercizio dei poteri datoriali, ma anche al contenuto dei contratti collettivi; ma, subito dopo, disatteso da quella stessa Corte, con l'esclusione di un tale obbligo, in quanto lesivo della libertà d'impresa e della libertà sindacale. Ed, a sua volta, il tentativo di dedurre dalla legislazione e dalla casistica giurisprudenziale una applicazione dei criteri di razionalità e di proporzionalità può risultare interessante; ma quand'anche il suo riscontro rispetto alle singole ipotesi considerate dovesse considerarsi non solo suggestivo, bensì persuasivo, non se ne potrebbe dedurre alcuna conclusione di carattere generale.

Diverso discorso vale per la spendita, specie da parte della dottrina, di categorie civilistiche come l'abuso di diritto[1047] o la clausola generale di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. Anche qui il debito nei confronti della dottrina privatistica è cospicuo, anche se non sempre contratto correttamente, perché forzato oltre al limite originario, per ottenere così un *plus* di

---

[1043] A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 1 ss.

[1044] In generale, sul principio di parità v. L. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Cedam, Padova, 1970; L. VENTURA, *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984. In particolare, con riguardo alla parità di trattamento tra i lavoratori, v. M. TREMOLADA, *La parità di trattamento fra i lavoratori,* in F. CARINCI (coordinato da), *Diritto del lavoro. Commentario.* Vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituziine e svolgimento*, Torino, 2007, vol. II; e alla parità uomo-donna, M. BARBERA, *Discriminazioni e uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

[1045] C. cost. 9 marzo 1989, n. 103, in *Riv. it. dir. lav.,* 1989, II, p. 389, con nota di G. PERA, *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, e U. NATOLI, *La Corte Costituzionale e la parità di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, p. 7 ss.

[1046] Cass. 9 febbraio 1990, n. 947, e Cass. 8 marzo 1990, n. 1888, in *Riv. it. dir. lav.,* 1990, II, pp. 380 ss. e 947 ss.

[1047] V. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss e ora *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, e R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001. Da ultimo, per il ricorso a questa figura nel nostro diritto M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato* cit., p. 119 e 120, e nota 67.

controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri imprenditoriali. Non è qui possibile scendere al particolare, se non per segnalare quel che dovrebbe risultare ovvio con riguardo all'abuso di diritto: qualificare l'esercizio di un potere come non *secundum ius* richiede previamente di delinearne lo spettro, né riducibile né ampliabile solo in forza di battezzarlo come abuso. Meno ovvio, ma tuttavia ribadito dalla maggioranza della dottrina privatistica e lavoristica, è il dato che la correttezza e la buona fede non possono essere utilizzate per costituire *ex novo* obblighi e limiti, ma solo per integrare gli adempimenti di quelli già esistenti[1048].

8.2.2.4. La "peculiarità" del sistema sanzionatorio.

Molto è stato detto finora sul sistema sanzionatorio con riguardo all'uso ingiustificato e discriminatorio dei poteri del datore di lavoro, sicché quel che segue deve essere integrato con quanto ricordato in precedenza. Ora, non v'è dubbio che il diritto del lavoro presenta la "peculiarità" di un sistema sanzionatorio, esteso ed articolato[1049]. Può dirsi *esteso*, per il carattere riconosciutogli di sistema costituito di disposizioni inderogabili o, comunque inderogabili, secondo un *continuum* che procede dalla legge alla contrattazione collettiva [1050]: un *continuum* tendenzialmente

---

[1048] La dottrina privatistica si è dedicata largamente al tema della buona fede, con continuità: R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato,* Torino, 1949; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti: dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede,* Milano, 2003; A. D'ANGELO - P. G. MONATERI - A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006. I contributi più citati dalla dottrina giuslavoristica, favorevole ad una interpretazione restrittiva della clausola di buona fede sono A. DI MAJO, *Limiti ai poteri,* cit.; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.
Nella dottrina giuslavoristica il dibattito è stato chiaramente influenzato dalla elaborazione privatistica: v. *in primis* Giornate di studio Aidlass (Pisa 14 giugno 1985), *Il principio di buona fede*, Milano, Giuffrè, 1987. Per un'interpretazine "restrittiva" della clausola di buona fede, sia pur con una diversa modulazione: O. MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati,* cit.; M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav*., 1995, I, 135; L. CASTELVETRI, *L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriale e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 453 ss; M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999; L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro; diffidenza e proposte dottrinali*, in *Riv. rel. ind.*, 2001, 2, p. 237 ss. Mentre per una interpretazione "estensiva", ma con una differente graduazione: P. TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 870; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore* cit.; VISCOMI A., *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, 1997; L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav*., 1999, 3, p. 723 ss; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 18 ss.

[1049] *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro (1-3 giugno 1978), Milano, 1979; A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003. Per le sanzioni penali v. ora N. MAZZACUVA - E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro,* in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario,* Torino, 2007.

[1050] Stando alla nota tesi di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, l'inderogabilità costituirebbe una caratteristica naturale – come tale accompagnata da una rigida presunzione – della normativa lavoristica. Il che resta vero in linea di principio, ma deve scontare tutta l'evoluzione del trentennio successivo, caratterizzata dall'emergere di un diritto "riflessivo" (con una delega a pro di un'amministrazione partecipata e di una contrattazione collettiva, con un'apertura finale alla stessa contrattazione individuale) e di un diritto "premiale" (con la trasformazione del classico obbligo in onere per il conseguimento di risorse pubbliche, normative o finanziarie).
Comunque, sulla persistenza dell'inderogabilità quale tratto tipico tuttora caratterizzante il diritto del lavoro cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche del diritto del lavoro*, Padova, 2006, cap. I. v. nota 13. Mentre, per una rivisitazione del principio dell'inderogabilità, v. L. CASTELVETRI, *La flessibilità del lavoro e le funzioni delle discipline giuslavoristiche,* in *Dir. rel. ind.,* 1997, p. 9 ss. C. ROMEO, *L'inderogabilità del diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 198 ss. C. PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 67 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 359 ss.

gerarchico, ma con riserve e rinvii ormai divenuti tali da renderlo composito ed intrecciato; può considerarsi *articolato,* per il ricco strumentario di sanzioni penali, amministrative e civili, che, peraltro rivela un *trend* continuo, se pur non regolare, con le sanzioni penali che cedono il passo a quelle amministrative, e le sanzioni civili negative che danno spazio a quelle positive.

Per restare alle sanzioni civili, quelle "negative" (che retribuiscono negativamente un'azione *contra legem*) sono largamente debitrici del libro IV del codice, ma non senza un suo aspetto peculiare[1051]: la sanzione principe della nullità degli atti o patti trasgressivi risulta "attenuata" proprio dalla stessa natura del rapporto. *Durante la sua vita,* deve scontare, anzitutto, la incoercibilità degli obblighi del datore di lavoro, sì da aversi, in difetto di sanzioni penali o amministrative, solo la risarcibilità dei danni conseguenti, che la giurisprudenza di merito ha cercato di curvare a finalità punitiva (*penal damages*) o costrittiva (*astreinte)*, ma la Suprema Corte ha riportato alla sua funzione risarcitoria, assoggettandola, in tema di declassamento, all'onere della prova per l'*an* e per il *quantum*; poi, comunque, il decorso della prescrizione circa i diritti maturati, laddove vige un regime di stabilità reale. E, *dopo la sua conclusione*, deve confrontarsi con la speciale disciplina offerta per le rinunzie e le transazioni dall'art. 2113, che sottopone una loro eventuale impugnativa ad un termine di decadenza di sei mesi dalla data della cessazione del rapporto o delle rinunzie e transazioni intervenute successivamente. Certo, sempre nel corso del rapporto, esiste la possibilità di far ricorso all'*exceptio inadimplendi contractus*[1052] o alle dimissioni per giusta causa o giustificato motivo, ma il primo mezzo è rischioso ed il secondo è tale da implicare la perdita del posto di lavoro, sì da risultare una specie di *extrema ratio*, tale da richiedere una notevole forza psicologica od economica.

Questo in generale. Ma passando ad un esame più puntuale c'è da segnalare la peculiare disciplina del recesso, perché, qui, la sanzione degrada sempre ad una annullabilità, assoggettata ad un termine di decadenza, sia pure soddisfabile anche in via stragiudiziale; con un *distinguo,* peraltro, in tema di risarcimento del danno patrimoniale, perché, nel licenziamento ingiustificato, varia a seconda che sia applicabile la tutela obbligatoria o quella reale; mentre nel licenziamento discriminatorio, è sempre applicabile la tutela reale.

Del tutto peculiare è, poi, il modo con cui il diritto del lavoro declina gli artt. 1419 (nullità parziale) e 1424 (conversione del contratto nullo): circa il primo, sotto un profilo quantitativo, perchè quanto ivi previsto come eccezione dal co. 2, cioè la sopravvivenza del contratto "quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative", viene a costituire la regola in una materia caratterizzata dall'assoluta prevalenza di siffatte norme; circa il secondo articolo, perchè il rilievo ivi dato alla presunta volontà delle parti non viene a trovare riscontro nella nostra

---

[1051] Sul tema vedi, per la dottrina privatistica: F. D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; N. IRTI, *La nullità come sanzione*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 541 ss; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993 (ma ora 2003); per quella lavoristica: E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso, cit.; ID, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 633 ss; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995; L. MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, pp. 3 ss.
Per un dialogo a più voci v. S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.

[1052] Per una ricostruzione sistematica dell'*exceptio inademplenti contractus* nel diritto del lavoro v. V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, cit., pag. 119 ss.

materia[1053]. A dire il vero è usuale parlare di "conversione" in senso generale e atecnico, per ricomprendere tutte le ipotesi in cui il legislatore intende comunque far sopravvivere il rapporto, riconducendolo al tipo elettivo di un datore di lavoro/utilizzatore, senza distinguere fra nullità e conversione. Cosi, prescindendo dalle ipotesi riconducibili alla carenza di forma[1054], la si usa nei casi di somministrazione e distacco vietati e di appalto non genuino (conversione giudiziale, con la costituzione del rapporto a capo dell'utilizzatore); di omessa individuazione dello specifico progetto, programma di lavoro, o fase di esso, nel lavoro a progetto (conversione giudiziale, con costituzione di un rapporto di lavoro subordinato); di apposizione ingiustificata del termine e di continuazione del rapporto per più di venti/trenta giorni, nel contratto di lavoro e nella somministrazione, nonché per proroghe illegittime e per successioni di contratto vietate, nel contratto di lavoro a tempo determinato (conversione legale, con la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, peraltro con diversa decorrenza a seconda delle ipotesi); di mancanza o indeterminatezza della durata della prestazione nel lavoro a *part-time* (conversione giudiziale, con la costituzione del rapporto a tempo pieno).

Naturalmente la tutela più efficace è quella assicurata dall'art. 28 St. lav., per la sua estendibilità a comportamenti pluri-offensivi; nonché dagli artt. 150, co. 2, del Codice in materia di protezione dei dati personali, 37 e 38 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, ricalcati su quel modello. Ma, questa, resta tale da lasciare gran parte delle trasgressioni del datore alle classiche sanzioni civili dell'invalidità degli atti e della risarcibilità dei danni conseguenti; e non per nulla-come si vedrà-l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più "creativa" dell'ultimo trentennio ha avuto come oggetto la tutela risarcitoria, messa al servizio di tutta una nuova generazione di diritti costituzionali persona-centrici, se pur col rischio di esporsi alla critica di una "monetizzazione". La regola principe di una politica del diritto riformista è la stessa di quella di una buona cuoca, fare il meglio di quegli ingredienti di cui dispone, molti o pochi che siano.

Altro discorso vale per le sanzioni civili "positive" (le quali retribuiscono positivamente un'azione *extra legem*, ma privilegiata dal legislatore) che hanno trovato proprio nel nostro diritto un terreno elettivo, facendo leva sulla messa a disposizione di "risorse pubbliche": un primo filone riguarda l'estensione dell'ambito di efficacia del contratto collettivo di diritto comune, promossa dall' art. 36 St. lav. e dalla disciplina in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali; un secondo, l'utilizzazione di un certo tipo contrattuale, incentivata da una politica di sconti "economici" e "normativi", quale ripresa e rilanciata dal d.lgs. n. 276/2003. Questo riesce pienamente in linea con quella che dovrebbe essere la strategia generale di uno Stato, consapevole del duplice vincolo costituito dal mercato globale e dall'ordinamento comunitario: non "programmatore", ma "regolatore", con un uso calibrato del freno, rappresentato da una legislazione "repressiva" e dell'acceleratore, rappresentato da una "premiale". Se si vuole, il meno freno ed il più acceleratore

---

[1053] Anche qui il dialogo fra dottrina privatistica e lavoristica è stato intenso: v. L. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 528; G. DE NOVA, *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, Roma; V. FRANCESCHELLI, *Conversione del negozio nullo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, IV, 1089, p. 376.; e, rispettivamente, v. G. FONTANA, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, p. 339; A. VALLEBONA, *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 835 ss.

[1054] Le problematiche connesse al vincolo di forma sono sistematicamente affrontate da M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005.

corrisponde allo "spirito" del diritto privato, con una libertà d'impresa liberata da lacci e laccioli, ma costretta ad un calcolo di "ecomicità" corretto dall'intervento pubblico.

9. L' "influsso" esercitato dal diritto civile in materia di privacy e danno.

A prescindere dal fatto che – oltre al lessico "particolare" del libro V – è quello "generale" dei libri I, IV, VI del codice del '42 ad esser usato, nel parlato e nello scritto, dal giuslavorista, sicché sarebbe possibile considerare il rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro paragonabile a quello fra il latino ed una lingua romanza, l'influsso esercitato dal diritto privato sul diritto del lavoro è continuo ed incisivo[1055]. Il che viene a trovare puntuale riscontro nella giurisprudenza e nella dottrina che hanno fatto e fanno ricorso a principi, criteri, istituti tipicamente privatistici, così come anticipati ed elaborati dalla magistratura civile e dalla scienza civilistica. Questo è un "fatto notorio" su cui non è il caso di soffermarsi, se non con riguardo a due profili, entrambi riconducibili al crescente rilievo assunto dalla tutela della salute e della dignità della persona in quella che ben può essere definita come una nuova primavera costituzionale[1056].

9.1. *La* privacy.

Il cammino della dottrina privatistica per approdare al c.d. diritto alla *privacy* è stato lungo e complesso, percorso all'interno di quello più generale relativo all'ampliamento della gamma ed al rafforzamento della tutela dei diritti della personalità, con a referente principe l'art. 2 cost. Come ovvio, tale cammino ha risentito dello stato della tecnica e della scienza giuridica, cioè dell'evolversi della prima dalla fase della stampa/fotografia a quella dell'*information technology* e dello svilupparsi della seconda dall'attenzione esclusiva per codice a quella prioritaria per la costituzione[1057].

Occorre, sottolineare, però, che almeno qui il diritto del lavoro è stato assai pronto a raccogliere lo spunto, sì da finir per giocare un ruolo di avanguardia. Già nell'ultimo scorcio degli anni '60, la dottrina era venuta ad escluderesia un potere di controllo del datore di lavoro su aspetti della vita del lavoratore irrilevanti rispetto alla corretta esecuzione del rapporto; sia un obbligo precontrattuale di informazione circa fatti o circostanze irrilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale[1058]. E, di lì a poco, lo Statuto dei lavoratori – prima legge italiana ad utilizzare il

---

[1055] V. G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche,* cit.

[1056] Sull'implicazione della "persona" nel contratto di lavoro e la conseguente esigenza di "spersonalizzazione" del rapporto cfr. M. BESSONE - G. FERRANDO, *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1983; L. DE FELICE, *La tutela della persona del lavoratore (la giurisprudenza sugli artt. 1, 2, 3, 5, 6, 8)*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 1989, 6, p. 111 ss.; A. GARILLI, *Tutela della persona e della sfera privata nel rapporto di lavoro*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1993, p. 321 ss.; M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana,* in AA.VV., *Diritti della persona e contratti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 1994, 15, p. 47 ss.; M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 309, ss; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 195 ss.

[1057] Senza alcuna pretesa di esaurire la amplissima bibliografia privatista in materia mi limito a ricordare DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1983; M. BESSONE - G. GIACOBBE, *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia: due esperienze a confronto*, Padova, 1988, G. GIACOBBE, voce *Riservatezza*, in *Enc. dir.*, 1989; S. RODOTÀ, *Privacy e costituzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 521 ss.; B. MARKESINING - G. ALPA, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 417 ss.

[1058] Nel primo senso v. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, e U. ROMAGNOLI, *Sulla rilevanza della reticenza del prestatore di lavoro*, in *Giur. it.*, 1970, p. 1066 ss.

termine "riservatezza" – interverrà coi suoi art. 4 e 6 (ma anche 5 sugli accertamenti sanitari), nonché col suo fondamentale art. 8, in tema di divieto di indagini sulle opinioni a contenuto più ampio ed indefinito: così rafforzando ed estendendo la tutela della riservatezza nel rapporto di lavoro, che proprio qui rimane, al tempo stesso, più esposta a rischi e più bisognosa di contemperamenti, in ragione dell'implicazione della persona stessa del lavoratore; ma non attribuendo una copertura maggiore di quella riconosciuta al cittadino[1059].

La successiva l. 31 dicembre 1996, n. 675 – ora sostituita dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, contenente il Codice in materia di protezione dei dati personali – non si è posta nei confronti dello Statuto in termini di sovrapposizione né, tanto meno di contrapposizione: tra le due normative è ravvisabile una relazione di continenza, concettuale e giuridica[1060]. Ed entrambe sono parse in grado di inserirsi, in prima battuta, nella responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 o *ex* art. 2087 c.c., ed, in seconda battuta, nella responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2050 c.c., nell'ambito di quello che è stato descritto come un micro-sistema di responsabilità civile.

Anche qui, in materia di protezione della riservatezza c'è un'*authority,* il Garante che vanta l'usuale serie di competenze autorizzatorie, normative, paragiurisdizionali, nonché sanzionatorie (qui peraltro applicate in prima persona), con una tutela rafforzata dalla sanzione penale in alcuni ipotesi, di cui qui interessa segnalare quella mancata osservanza dei decreti emanati dallo stesso Garante a fronte di un ricorso per violazione del diritto di accesso ai dati personali ecc. (artt. 8, 150, co. 1 e 2, e 170 d.lgs. n. 196/2003)[1061].

9.2. Il danno.

Se c'è un settore in cui il debito contratto nei confronti della dottrina privatistica e della giurisprudenza civile appare indubbio è quello del risarcimento del danno, strumento sanzionatorio da sempre elettivo nei rapporti interprivati, ma nobilitato nell'ultimo trentennio dall'essere stato assunto a canale di penetrazione nel diritto civile del valore costituzionale primigenio, quello della persona, punto di emersione dello *ius in natura positum* nell'ordinamento statuale. Ed è sufficiente un semplice *flash* per metterlo in luce, con un diritto del lavoro che procede a "traino", rivelandosi terreno ideale per lo stretto coinvolgimento della persona del lavoratore; ma che, proprio per questo, acquisisce col tempo un suo moto inerziale, capace di farlo primeggiare nella moltiplicazione delle fattispecie giustificative e delle conseguenze risarcitorie. Un diritto, però, non sempre consapevole che il suo carattere peculiare lo costringerebbe ad un "compromesso", pur alto, fra il rischio specifico cui la persona del lavoratore è esposta ed il funzionamento fisiologico del contesto in cui opera.

[1059] v. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nei rapporti di lavoro*, Milano, 1979; R. DE LUCA TAMAJO - R. IMPERIALI D'AFFLITTO - C. PISANI - R. ROMEI, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1989; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995; E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, cit.

[1060] Sull'applicazione della legge n. 675 del 1996 v. P. CHIECO, *Privacy e lavoro: la disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Bari, 2000; M. P. AIMO, *Privacy, libertà di esperienze a confronto e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, AA.VV., *La tutela della privacy del lavoratore*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 24, 2000.

[1061] V. P. ZANELLI, *La l. n. 675. Una strategia integrata per la protezione della privacy*, in *Contratto impr.*, 1997, p. 693.

9.2.1. L'"ampliamento" ed il "trasloco" del danno risarcibile.

Nel mentre, sul finire del decennio '80, la "scuola pisana" poneva i presupposti per una autonoma e diretta rilevanza della tutela della persona nei rapporti interprivati [1062], dottrina e giurisprudenza lavoristiche si confrontavano ancora sulla natura della responsabilità *ex* 2087 c.c., con la progressiva prevalenza di quella contrattuale [1063], se pur con una diversificazione circa la sua convivenza con quella extracontrattuale [1064], considerata esclusiva o residuale o concorrente. Se si ritorna sulla lunga discussione dottrinale circa la "fonte" della subordinazione e della correlata disciplina protettiva, non sembra priva di rilevanza la circostanza che la tesi prevalente ricostruisca a tutt'oggi l'art. 2087 c.c. come riconducile al contratto di lavoro, in forza dell'art. 1374 c.c., con una sorta di interiorizzazione del principio del *neminem laedere* [1065]. Certo, in forza e ragione della più favorevole disciplina della responsabilità contrattuale; ma non senza una ricaduta sistemica, tale da valorizzare il contratto, proprio con riguardo ad un obbligo che presuppone l'effettivo svolgimento del rapporto.

Da lì in poi, il diritto del lavoro "vivente" ha seguito passo a passo l'"ampliamento" del danno patrimoniale risarcibile, con il battesimo del danno biologico e del danno esistenziale. Come noto, il danno biologico è stato costruito quale comportamento lesivo del diritto alla salute, *sub specie* di integrità fisico-psichica [1066]; e, poi, legittimato dal Giudice delle leggi, prima, nel 1986 [1067] poi, con due sentenze del 1991 [1068], di cui la seconda riguardante proprio la nostra materia, cioè gli artt. 10 e 11 del Testo unico sugli infortuni sul lavoro. Peraltro il ricorso al danno biologico si sarebbe rivelato troppo "generoso", tanto da costringere, prima, la Corte costituzionale [1069], a precisare che al pari di ogni altro danno ingiusto, il danno biologico è risarcibile solo come

---

[1062] F. D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.

[1063] Questo l'orientamento da tempo dominante tra i giuslavoristi: v. L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 513; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986. In tale ottica del tutto residuale deve ritenersi il ricorso alla responsabilità aquiliana: così A. LASSANDARI, *L'alternatività fra fondamento contrattuale o aquiliano della responsabilità e le sue ripercussioni,* in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore,* Torino, 1995, p. 113 ss. Critica invece (parte del)la dottrina civilistica, sulla base del rilievo che il diritto all'integrità fisio-psichica, configurandosi come diritto assoluto, è indisponibile dal titolare e dunque non può entrare in alcun contratto: A. GENTILI, *Lesione, responsabilità, risarcimento nella teoria del danno biologico,* in *Dir. lav.,* 1994, I, p. 396 e G. TOSCANO, *Il danno risarcibile al lavoratore infortunato: le prestazioni indennitarie di legge a carico dell'Inail, la sua rivalsa e il danno c.d. differenziale,* in *Resp. civ. prev*, 2003, p. 1432.

[1064] Qualche chiaroscuro sulla deducibilità, in varia guisa, della responsabilità extracontrattuale anche nel diritto del lavoro in M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza,* Padova, 2004, p. XVII; a favore del concorso tra le diverse forme di responsabilità R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.,* 1997, 5, p. 23

[1065] Nel senso che l'art. 2087 c.c. trasforma un danno ingiusto in un illecito contrattuale Cass. 3 marzo 1981, n. 1233, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1018; più recentemente, Trib. Milano 19 giugno 1993, in *Riv. crit. dir. lav.,* 1994, p. 130 e Pret. Torino, 27 gennaio 1994, *ivi,* 1994, p. 573. In dottrina cfr. P. TULLINI, *Persona e danni risarcibili (... piccole provocazioni)*, in *Arg. dir. lav.,* 2006, p. 1047.

[1066] V. i saggi raccolti da P. G. MONATERI, *Il danno alla persona,* Torino, 2000.

[1067] C. cost. 15 luglio 1986, n. 184; C. cost. 15 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053.

[1068] C. cost., 18 luglio 1991, n. 356 e 27 dicembre 1991, n. 485; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, c. 2967, e C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Giust. civ.*, 1992, I, c. 1677.

[1069] C. cost. 27 aprile 1994, n. 372; C. cost. 27 aprile 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1326.

pregiudizio effettivamente conseguente ad una lesione; poi, la Cassazione [1070], a chiarire che "il danno alla salute, per quanto si risolva in un peggioramento della qualità della vita, presuppone pur sempre una lesione dell'integrità psico-fisica, di cui quel peggioramento è solo conseguenza".

Solo che, ristretto il danno biologico a quello lesivo del diritto alla salute, restava un vuoto di tutela per ogni altro diritto fondamentale diverso da quello alla salute, vuoto non ricopribile dal danno morale *ex* art. 2059 c.c. (allora considerato risarcibile – *ex* art. 185 c.p. – se ed in quanto conseguente ad un fatto penalmente rilevante). Seguendo il principio base di un evoluzionismo volgarizzato, "il bisogno crea l'organo", qui traducibile come "il bisogno crea il diritto", toccherà ancora alla scienza privatistica riempire quel vuoto con il danno esistenziale: una nozione di chiusura, ricomprendente in sé la tutela risarcitoria di ogni altro diritto costituzionalmente garantito, diverso da quello alla integrità fisico-psichica [1071]. E la giurisprudenza civile si adeguerà, col ravvisare il danno esistenziale in una ricca serie di ipotesi; e finirà per simpatizzare, all'apice della sua evoluzione, con la nozione di danno *in re ipsa,* cioè tale da richiedere la prova del solo torto, considerato in sé e per sé produttivo di un effetto dannoso [1072].

La nostra dottrina e giurisprudenza recepiranno l'indirizzo maturato sul terreno privatistico, col far proprio e rielaborare, prima, il danno biologico [1073], poi, il danno esistenziale [1074]: approfittando del carattere neutro dell'art. 2087 c.c., convertiranno, in debito *continuum* cronologico e logico, l'uno e l'altro danno, da illeciti nati come aquiliani in illeciti contrattuali. Ed al servizio di una precisa politica del diritto all'insegna dell'"avanti tutta", parte di questa dottrina e di questa giurisprudenza faranno uso ed abuso dell'"allargamento" del danno rispetto alla lesione della integrità fisico-psichica, della dignità, dell'immagine, della professionalità, della serenità, della parità di trattamento, con una "deriva" risarcitoria, apprezzata nell'*an,* per la sua capacità di render giustizia alla lesione di diritti fondamentali, ma criticata nel *quantum,* per la sua ricaduta in termini

---

[1070] Propone una rimeditazione della fattispecie R. DEL PUNTA, *Il danno alla persona del lavoratore: delimitazione della fattispecie,* relazione al Convegno su *Il danno alla persona del lavoratore*, Napoli, 31 marzo - 1 aprile 2006, in *Atti* di prossima pubblicazione. Nello stesso senso, tra i civilisti, G. ALPA, *Il "danno biologico": parabola o evoluzione di un progetto di politica del diritto?,* in *Arg. dir. lav.,* 2000, p. 172.

[1071] P. ZIVIV, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale,* Milano, 1999; P. CENDON, *Dieci anni di danno esistenziale,* relazione al convegno *Il danno esistenziale. Aspetti civili, processuali, medico-legali,* svolto a Padova il 5 ottobre 2001.

[1072] Si parla in tal caso di danno normativo, vale a dire senza evento: Cass. 12 novembre 2002, n. 15868; Cass. 2 novembre 2001, n. 13580; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443 (trattasi di giurisprudenza prevalentemente lavoristica, favorita nell'operazione dal presupposto della violazione di norme di natura quasi sempre inderogabile, quali ad es. l'art. 2103 c.c.). Fortemente critica nei confronti della nuova tipologia di danno si dichiara parte della dottrina civilista F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. civ.,* 2000, p. 674; e G. PONZANELLI, *Attenzione non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata,* in *Danno e responsabilità*, 2000, nn. 8-9, p. 841; ID. (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003.
Sulla necessità di una ricostruzione rigorosa del nesso di causalità v. le considerazioni di S. MAZZAMUTO e P. TOSI nei loro *Interventi* al Convegno su *Il danno alla persona del lavoratore*, Napoli, 31 marzo - 1 aprile 2006, cit.

[1073] M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore,* cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, cit.; L. ZOPPOLI, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Dir. rel. ind.,* 2001, p. 389. Pone in rilievo la progressiva dilatazione dell'ambito di applicazione della fattispecie L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.,* 1994, I, p. 322.

[1074] P. TULLINI, *Tutela del lavoratore e danno alla persona,* in P. G. MONATERI, *Il danno alla persona*, cit., p. 262; L. DE ANGELIS, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore,* in *Foro it.,* 2000, I, p. 1157.

di imprevedibilità e di mercificazione [1075].

Non solo, perché, con una risalita a monte sull' "evento", mutuerà dall'esperienza statunitense il *mobbing*, come fattispecie complessa costruita sull'intento o sul fine oggettivo, tale da attrarre nella sua area gravitazionale anche azioni altrimenti lecite, con una significativa corrispondenza rispetto a quella del comportamento antisindacale. Mentre, con una discesa a valle sulle "conseguenze" inciderà sull'accertamento di un danno biologico, sempre più *border line*, trasformandolo in un conflitto fra perizie e controperizie, rimesse all'*expertise* medico legale ed eliminerà il riscontro di un danno esistenziale, sempre più esteso, considerandolo *in re ipsa.* Il che verrà ad alimentare una vertenzialità che, qualunque sia la domanda principale, risulterà quasi sempre accompagnata da una coda relativa al danno biologico ed esistenziale, con a protagonista privilegiato proprio il *mobbing,* verticale od orizzontale, tanto difficile da definire quanto facile da spendere[1076].

Non sarebbe stato questo l'ultimo travaso dal diritto privato al diritto del lavoro. Se pur preceduto ed accompagnato da un costante dibattito dottrinale circa l'esatto confine tracciabile fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale o morale, sarebbe lo stesso legislatore a sottrarre quest'ultimo dal limbo in cui era confinato dall'art. 185 c.p., cioè risarcibile solo se il comportamento dannoso costituisse reato. Ma toccherà alle Supreme Corti – Cass. 31 marzo 2003, nn. 8827 e 8828 e C. cost. 11 luglio 2003, n. 233 – effettuare un vero e proprio "trasloco" del danno biologico e esistenziale dall'art. 2043 all'art. 2059 c.c., come danno non patrimoniale, che, in quanto lesivo di un "bene" costituzionalmente protetto, risulterebbe risarcibile anche in difetto di reato[1077].

Qui, la Cassazione del lavoro non solo si sarebbe adeguata, ma sarebbe andata oltre, tramite il ricorso a quell'art. 2087 c.c., rivelatosi un "trasformatore" eccellente del danno aquiliano in danno contrattuale: "l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 c.c. assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali e, quindi, non risulta nemmeno necessario, per superare le limitazioni imposte ancora dall'art. 2059 c.c., verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perché la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile (per l'appunto l'art. 2087 c.c.)"[1078].

[1075] O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza,* in *Lav. dir.,* 2004, p. 440 ss.; L. NOGLER, *La "deriva" risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente,* in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 2002, p. 308.

[1076] Sull'elaborazione civilistica intorno alla fattispecie "mobbing" v. S. MAZZAMUTO, *Un'introduzione al mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento,* in P. TOSI (a cura di), *Il mobbing,* Torino, 2004, p. 1 ss. e P. G. MONATERI - M. BONA - U. OLIVA, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milano, 2000; da angolazione lavoristica cfr. F. CARINCI, *Un fantasma si aggira tra le aule giudiziarie: il mobbing,* ivi, p. 89 ss.; A. VISCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti,* in *Lav. dir.,* 2002, p. 45 ss.; F. AMATO - V. CASCIANO - L. LAZZERONI - A. LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele,* Milano, 2002; P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2000, I, p. 251 ss.; M. PEDRAZZOLI (diretto da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Bologna, 2007.

[1077] C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *www.cortecostituzionale.it*. Nel senso che l'art. 2059 c.c. potrebbe dopo tale sentenza configurarsi come il parametro unitario del danno esistenziale - morale - biologico (ovvero le tre tipologie di danno non patrimoniale) cfr. R. FABOZZI, *Il danno in materia di lavoro subordinato,* in P. CENDON (a cura di), *Il danno risarcibile nella responsabilità civile*, Torino, 2005, vol. VII, p. 86 ss.

[1078] Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, 9, col. 2334.

9.2.2. Il presunto "tramonto" del danno "in re ipsa" nel diritto del lavoro.

Chiamata a risolvere la controversia interpretativa manifestasi all'interno della stessa Cassazione lavoro circa la configurabilità di un danno esistenziale *in re ipsa*, le Sezioni Unite hanno pronunciato la loro parola definitiva: non è sufficiente provare il torto, ma occorre provare anche l'effetto dannoso [1079].

A fronte del classico caso di "danno da demansionamento e dequalificazione", le Sezioni Unite hanno redatto un prontuario, articolato su tre sottotipi: danno alla professionalità, di contenuto patrimoniale, consistente nell'impoverimento delle capacità professionali, nella mancata acquisizione di maggiori capacità, nella perdita di *chance*, che richiede un'adeguata allegazione circa il pregiudizio subito, non essendo questo sempre presente; danno all'integrità fisico-psichica (biologico), che deve essere supportato da una perizia medico-legale; danno alla vita di relazione (esistenziale), che deve essere sostenuto da indicazioni circa le alterazioni alle abitudini di vita.

Per quanto rispetto al danno esistenziale quanto richiesto sia un onere della prova "attenuato", tuttavia sembrerebbe segnare il tramonto del danno *in re ipsa,* che proprio nel diritto del lavoro aveva trovato il suo terreno, auspice un *favor lavoratoris,* che seppur poco predicato appare ancora molto praticato, particolarmente nel processo di primo grado. Un tramonto, questo, che sul piano teorico, segnerebbe non solo un allineamento sull'indirizzo a suo tempo formulato dal Giudice delle leggi, ma anche un rientro nell'alveo classico del diritto privato, seppur a costo di rendere più difficile il cammino giudiziale del lavoratore per il ristoro di un contraccolpo negativo nella sua sfera, conseguente ad un comportamento illecito del datore di lavoro.

L'uso del condizionale è d'obbligo visto il largo spazio riconosciuto alla formazione presuntiva della prova e alla liquidazione in via equitativa da parte di una successiva giurisprudenza della sezione lavoro della Cassazione [1080], sicché a tutt'oggi è possibile parlare solo di un presunto "tramonto", rinviato a tempo da definire.

10. Estensione del diritto del lavoro come diritto privato e conferma della sua appartenenza all' "ordinamento civile".

In un saggio dedicato al rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro sarebbe difficile passare sotto silenzio un intero *corpus* legislativo e un riconoscimento del Giudice delle leggi che ne confermano l'elemento di consanguineità a tutt'oggi pienamente operante. Peraltro sempre con una toccata e fuga, che, altrimenti bisognerebbe farne due capitoli, altrettanto ampi ed articolati quanto i temi destinati ad esserne oggetto: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, come disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001; il federalismo, quale introdotto dalla l.c. 18 ottobre 2001, n. 3.

10.1. La c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

Figlia di una gravidanza decennale, tutta condotta in una delle più fertili stagioni riformatrici della nostra storia repubblicana, la riforma ne porta ben impresse le caratteristiche principali: di una delegificazione nelle fonti, qui attuata con l'apertura ad una contrattazione collettiva, dotata di

---

[1079] Cass., Sez. Un. 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

[1080] Cass., Sez. Lav., 26 giugno 2006, n. 14729; Cass., Sez. Lav., 21 giugno 2006, n. 14302, in *Riv. crit. dir. lav*., 2006, 3, pag. 807.

una competenza "protetta" nei confronti di una concorrente regolamentazione legislativa o regolamentare; e di una privatizzazione, estesa dalla natura degli enti pubblici economici all'attività delle pubbliche amministrazioni, qui realizzata sia con la qualificazione di quella stessa contrattazione, pur fornita di efficacia generale, come di diritto comune, sia con la riconduzione della micro-organizzazione e della gestione del personale alla disciplina privatistica[1081].

Alla base sta la riscoperta del diritto privato come mezzo "neutro", cioè spendibile a prescindere del fine ultimo perseguito, privato o pubblico che sia; tale, quindi, da poter essere utilizzato in base ad un giudizio comparativo con l'altro costituito dal diritto pubblico, condotto in base alla rispettiva efficienza. Attenzione, però, "neutro" rispetto al fine ultimo – dell'attività nel suo complesso – controllabile secondo tecniche pubblicistiche; non al fine immediato, dell'atto, affidato al giudizio del suo autore e sindacabile secondo tecniche privatistiche.

Una impostazione, questa, confermata dalla giurisprudenza costituzionale[1082], per via di una rilettura dell'art. 97 cost. che privilegia il "buon andamento" rispetto all'"imparzialità". Dichiara, tali principi non sono di per sé meglio garantiti da un regime pubblico piuttosto che da uno privato, dipendendo tutto da un confronto mezzo-fine rimesso al giudizio discrezionale del legislatore; e di fatto, lascia intendere, sono proprio meglio assicurati da un regime privato, visto il risultato del ricorso secolare allo *status* di impiegato pubblico.

Ma la riforma rimane pur sempre una c.d. privatizzazione, perché, per quanto ritoccata ed integrata, appare ben lungi dal metter capo ad una mera e semplice riconduzione del pubblico impiego sotto il tetto del lavoro privato, con un *corpus* normativo comune. Il difficile convivere fra un datore rimasto sotto il dominio amministrativo ed un rapporto di impiego sottoposto al codice civile, emerge chiaramente in un diritto sindacale speciale ed in un diritto del rapporto individuale, ricco di eccezioni e di varianti; e viene confermato da tutto un successivo sviluppo legislativo che tende a differenziare il trattamento applicabile al settore privato e al settore pubblico privatizzato, apartire dalla legge n. 30/2003 e dal d. lgs. n. 286/2003[1083]

10.2. La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 117, co. 2, lett. l).

È cosa ben nota che la l. c. n. 3/2001 – di riforma del tit. V, parte II della costituzione – si è lasciata dietro una lunga coda di riserve e di critiche per la incompletezza, approssimazione, povertà di

---

[1081] Cfr., per un commento sistematico, F. CARINCI - M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, 2000, e successivamente F. CARINCI - L. ZOPPOLI (diretto da), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, cit.; nonché la rivista bimestrale diretta da F. CARINCI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in pubblicazione dal 1998, e da ultimo A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 48/2007; A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 49/2007.
Sui temi strategici della dirigenza e dell'inquadramento, v. rispettivamente A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato: contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006, e L. SGARBI, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Padova, 2004.

[1082] V. *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, cit., 499 ss.

[1083] Sull'esclusione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione della legge n. 30/2003 e del d. lgs. n. 276/2003 v. S. MAINARDI, *D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 1069 e ss.; C. ZOLI, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Bologna, 2004, pp. 8 e ss.; con a conferma la l. 9 marzo 2006, n. 80, su cui v. S. MAINARDI, *Piccolo* requiem *per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pub. amm.*, 2006, pp. 12 e ss., nonché la recente finanziaria 2007, commentata in M. MISCIONE - D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007: l. 27 dicembre 2006, n. 296*, Milano, 2007.

redazione. Senza entrar qui in una discussione tutt'ora aperta, basta sottolineare come la ricaduta più importante sia stata quella di invertire la sequenza nella divisione fra competenze legislative dello Stato e delle Regioni, sì da trasformar le prime in "residuali" e le seconde in "principali", se pur più nella forma che nella sostanza, coerentemente alla ispirazione federalista o neo-regionalista. Ma questo a costo sia di una triplicazione, con due elenchi, "esclusiva" per lo Stato (art. 117, co. 2) e "concorrente" per Stato e Regioni (art. 117, co. 3) ed una clausola "residuale" per le stesse Regioni (art. 117 co. 4); sia di una conservazione del vecchio criterio delle "materie", tradotto alla buona, con una confusione fra "vere" (verticali, definite in forza dell'oggetto) e "false" (orizzontali, individuare in ragione dello scopo), sovrapposizioni, omissioni. Del che ha dovuto farsi carico la Corte costituzionale letteralmente travolta dall'alluvione di ricorsi, con a contraccolpo un cambio nel suo stesso compito primario: ieri, soprattutto giudice di conflitti su diritti, chiamato a deciderli secondo un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco; oggi, soprattutto giudice di conflitti di attribuzione dai confini discutibili ed incerti, costretto a risolverli secondo un arbitrato squisitamente politico, che sarebbe toccato allo stesso legislatore costituzionale.

Restando al diritto del lavoro, il problema aperto dalla riforma ha riguardato proprio le elencazioni, perché non contengono alcun riferimento specifico e puntuale in proposito, limitandosi a menzionare nell'art. 117, co. 2, lett. o), la "legislazione sociale" e nell'art. 117, co. 3, la "tutela e sicurezza del lavoro" e la "previdenza complementare ed integrativa", nonché, ma per escluderla e così rinviarla implicitamente alla clausola dell'art. 117, co. 4, la materia "della istruzione e della formazione professionale". Non è il caso di dar conto dell'ampio dibattito dottrinale seguito, che certo è stato condizionato dal favore per un diritto del lavoro reso "regionale" o "mantenuto" nazionale, tanto da dividersi fra chi privilegiava la materia di competenza concorrente Stato/Regioni, come appunto la "tutela e sicurezza del lavoro"e chi andava alla ricerca di una materia-contenitore di competenza esclusiva dello Stato, fosse l'"ordinamento civile" o la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernente i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, co. 2, lett. l) e, rispettivamente, m).

Il nodo è stato tagliato dalla Corte costituzionale, con una giurisprudenza ormai consolidata, aperta dalla sent. 28 gennaio 2005, n. 50 e, momentaneamente chiusa dalla sent. 14 dicembre 2006, n. 411: il diritto del lavoro rientra nell'"ordinamento civile", quindi nella competenza esclusiva dello Stato; mentre alla "tutela e sicurezza del lavoro", di competenza concorrente Stato/Regioni, resta uno spazio legislativo abbastanza marginale, non delimitato esattamente, ma comunque più o meno coincidente con quello amministrativo in tema di mercato del lavoro, attribuito alle Regioni a suo tempo[1084]. Ora, quando la Corte parla qui di "ordinamento civile", non si attarda a definirlo nel suo esatto significato e rilievo, ma lascia chiaramente intendere che lo identifica con il diritto di cui i privati si servono per regolare i loro interessi e, proprio per questo, lo considera meritevole di un regime giuridico nazionale, unitario ed omogeneo, tale da non risultare differenziato e discriminante a seconda del territorio in cui risiede il singolo cittadino.

[1084] F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 17 ss. Ma in senso diverso v. R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale: esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale,* Padova, 2005.

11. La finanziaria del 2007: il controcanto.

Come ogni anno, la finanziaria per il 2007, l. 27 dicembre 2006, n. 296, ha viaggiato carica di tutto e di più, col "trucco" di un solo articolo, comprensivo di ben 1364 commi. Occorre spulciare il testo con occhio vigile, per trovare i commi dedicati al diritto del lavoro, i quali, però, ci restituiscono più lo spirito di un buonismo sociale a pioggia, temporaneo, eccezionale, rimesso a qualche futuro intervento regolamentare, che un progetto unitario e coerente[1085].

Lo spirito è certo contro-riformatore, rispetto a quel d.lgs. n. 276/2003, visto e vissuto in tutto il mondo politico-sindacale come il *passepartout* utilizzato per aprire il nostro diritto del lavoro al "precariato": termine speso spesso in modo tanto generico quanto generale, sì da poter ricomprendere tutto l'ambito lasciato scoperto dal contratto a tempo indeterminato e pieno. Se tale è lo spirito, il corpo normativo rimette in discussione il d.lgs. n. 276/2003, solo in tema di appalto; mentre per il testo interviene al di fuori od al margine del suo oggetto, perdippiù invisibile *continuum* con tutto un passato assistenziale: un *mix* che favorisce, nel privato, un uso patologico degli ammortizzatori sociali – per mezzo di proroghe e deroghe – con la grande impresa a lucrarne il beneficio e l'occupazione regolare a pagarne il costo; e promuove, nel pubblico, un ricorso anomalo alle assunzioni – per tramite di "stabilizzazioni" dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (in a termine) e dei rapporti a termine (in a tempo indeterminato), con la massa dei precari a trarne vantaggio e la generazione degli ultimi arrivati a pagarne il fio.

Tutto all'insegna di un diritto da pronto soccorso, che non conosce rigore né finanziario né giuridico, tanto da non curarsi né di un rapporto costi-benefici corretto, né di un approccio sistemico: si preannuncia sempre una riforma degli ammortizzatori sociali, senza mai anticiparla almeno in qualcosa; si inflaziona il pubblico impiego, senza minimamente preoccuparsi della palese incostituzionalità della stabilizzazione dei rapporti a termine.

Neppure è privo di riscontro nel passato quello che costituisce il blocco normativo principale, con riguardo alla regolarizzazione del lavoro irregolare ed all'emersione del lavoro nero; ma, almeno sulla carta esso è stato reso più articolato ed incisivo, con l'uso classico del bastone e della carota: comunicazioni preventive e sanzioni appesantite, da un lato; sanatorie convenienti, se pur complicate da procedure barocche, dall'altro.

Il controcanto rispetto al d.lgs. n. 276/2003 emerge non tanto nell'ampliamento delle tutele per il lavoratore a progetto, con riguardo alla determinazione del compenso, alla previsione di un'indennità giornaliera di malattia e di un'indennità di congedo parentale, alla prospettazione di un'attività di riqualificazione professionale e di reinserimento professionale; perché trattasi di un passo avanti sulla linea di una diminuzione del *gap* in termini di trattamenti e di costi esistenti fra il lavoro subordinato e a progetto, non per nulla accompagnato dall'innalzamento dei contributi dovuti per quest'ultimo. Emerge piuttosto come atteggiamento nei confronti del lavoro a progetto *vis-a-vis* del lavoro subordinato, considerato con occhio tanto poco simpatetico, da favorirne la trasformazione in lavoro subordinato, pur quando risulti in tutto e per tutto genuino.

L'unico vero acuto del controcanto è dato dal nuovo regime introdotto per l'appalto, con riguardo al duplice snodo della sicurezza e della solidarietà passiva: viene esteso l'obbligo di collaborazione

---

[1085] Per un commento tempestivo, ma accurato, v. M. MISCIONE - D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007: l. 27 dicembre 2006, n. 296*, cit.

prevenzionale, sicché il committente è tenuto a soddisfarlo con riguardo non alla sola sua azienda, ma al suo intero ciclo produttivo; e viene ampliato il vincolo solidale per i crediti retribuitivi e per i contributi (come già per le ritenute fiscali), cosicché il committente è tenuto ad osservarlo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore e dei sub-appaltatori ed, a sua volta, l'appaltatore, nei rispetti dei dipendenti dei sub-appaltatori. In tal modo il legislatore ricompone in unico tutto "giuridico" l'insieme verticale di più contratti di appalto a cascata, forzando un pluralismo imprenditoriale pur del tutto autentico e genuino; questo non senza un contraccolpo in termini di accresciuta ingerenza del committente sull'appalto e sui sub-appalti e, rispettivamente, dell'appaltatore sui sub-appalti.

12. E adesso pover' uomo?

Di un libro capitatomi fra le mani in quell'immediato dopoguerra[1086], quando leggere era molto più di un passatempo momentaneo, perché non v'era altro mezzo di riempire il molto vuoto della giornata, mi è rimasto il titolo tradotto in italiano, "E adesso pover' uomo?" E questo interrogativo mi ritorna ogni qualvolta, dopo molto camminare, mi ritrovo incerto e dubbioso sul prossimo passo; mi ritorna, con un tocco auto-ironico, come a chiedermi se poi valesse la pena di far tanta strada per non trovare alcuna meta ferma e sicura[1087]. Perché non mi è estranea la consapevolezza di quanto la personale voglia sistematica abbia forzato l'individuazione di questo o quel *trend*; e di come, comunque, la produzione normativa abbia perso l'antica forza inerziale, che permetteva al passato di sopravvivere a lungo nel presente: sicché se anche fossi stato nel giusto su quale sia stata la corrente principale, non potrei giurare che conservi la sua direzione, la sua portata, la sua temperatura, come si dice esser probabile per la Corrente del Golfo, dopo milioni e milioni di anni.

Il fatto è che oggi tutto si è accelerato, con un crescente divario fra il moto sempre più frenetico dell'uomo e quello immutato del pianeta; si è accelerato anche il diritto, che viene mitizzato in sé e per sé, come strumento di cambiamento, capace di curvare il contesto economico e sociale a propria immagine; sì da esser usato ed abusato ad ogni cambio di vento politico, con il caratteristico andamento a gambero. Quel che ieri erano le tre parole del legislatore che mandavano sì al macero intere biblioteche, ma che venivano pronunciate solo a lunghi intervalli, così da permettere di riempirle di cataste di libri; oggi possono essere i commi dispersi di una finanziaria, che cancellano contributi informatici e i commentari stesi a caldo sui dettati della finanziaria dell'anno prima. Non è ancora successo, ma potrebbe succedere la prossima volta.

Certo c'è dietro l'amaro in bocca del giuslavorista, cioè dello studioso di un ramo del diritto, che, quasi non fosse già sprovvisto di un forte senso identitario, per il suo carattere meticcio, qualche cattivo maestro lo vorrebbe privare anche del suo radicamento elettivo: quel diritto privato che lo ha accompagnato nella sua nascita all'inizio del secolo scorso e nella sua rinascita nel secondo dopoguerra. Senza dubbio è un diritto ormai adulto, basato sul lavoro, elevato dal testo costituzionale a valore fondante, con un corpo legislativo, giurisprudenziale, dottrinale enormemente

---

[1086] H. FALLADA *E adesso, pover'uomo?*, ora Milano, 1992.

[1087] Non sono il solo a privilegiare il punto interrogativo, v. L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006: ma l'approccio è diverso, perché io, ragionando *de iure condito*, non posso coltivare certezze su quel che farà il legislatore; mentre gli autori del libro in parola, discutendo *de iure condendo*, debbono nutrire almeno ragionevoli aspettative sulle loro proposte.

sviluppato, tale da poter reggere il confronto con qualsiasi altro ramo dell'ordinamento. Ma, proprio per questo può riconoscere senza complessi un debito che non è stato solo contratto al momento della nascita, ma ricontrattato, modificato, ampliato nel corso dell'intera sua vita.

Se dovessi chiudere con un consiglio al neofita che si avvicina alla nostra materia, gli direi di tenere il codice civile sul comodino, perché contiene il linguaggio di comunicazione "universale", come il latino del tempo antico e l'inglese del tempo moderno: un linguaggio fatto di segni, significati, valori. Chi non lo conosce deve parlare, a seconda del dato anagrafico, in dialetto o in gergo, ma a costo di ridimensionare il potenziale universo dei suoi ascoltatori ad un piccolo gruppo di sopravvissuti o di iniziati.

La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*

Alessandro Bellavista

1. Premessa. La necessità di una strategia integrata contro il lavoro sommerso. 361

2. La nuova procedura per l'emersione del lavoro nero. 365

3. Il ruolo dell'accordo collettivo e la conciliazione individuale sui diritti pregressi. 368

4. Le altre condizioni per accedere alla regolarizzazione. 372

5. La promozione dell'applicazione della contrattazione collettiva. Il documento unico di regolarità contributiva. 376

6. Gli indici di congruità. 378

7. I piani territoriali di emersione. 380

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 55/2007

1. Premessa. La necessità di una strategia integrata contro il lavoro sommerso.

Come hanno bene osservato Giorgio Ghezzi e Umberto Romagnoli, "il diritto del lavoro è costretto a riaffermare continuamente la propria legittimazione a governare le province che gli spettano, battendosi con l'ostinazione del vecchio capitano Achab contro gli imbrogli e i trucchi dei suoi stessi governati"[1088]. È questo il fenomeno della cosiddetta "fuga dal diritto del lavoro" che intensifica le fratture già esistenti all'interno del mercato del lavoro tra aree garantite, semi o quasi garantite e aree irregolari ovvero del tutto sommerse. Di fronte a queste tendenze, il legislatore italiano ha varato interventi normativi di carattere generale volti a promuovere il contrasto e l'emersione del lavoro irregolare e sommerso, che però non hanno avuto il successo auspicato[1089]. D'altra parte, quello dell'economia sommersa, di cui il lavoro sommerso è solo un aspetto, è un problema che interessa tutti i Paesi sviluppati e no. E infatti, la Commissione europea, già nel 1998, ha diffuso un'importante comunicazione, contenente una rassegna delle caratteristiche del fenomeno e alcune indicazioni su come fronteggiarlo. Peraltro, nell'ambito della strategia europea per l'occupazione il contrasto del lavoro sommerso assume un rilievo significativo. Va sottolineato che, in base a tutti i dati disponibili, a livello europeo, l'Italia raggiunge le più elevate percentuali di lavoro sommerso. Varie possono essere le spiegazioni di tale risultato. Sicuramente si può dire che esso è frutto di una perversa combinazione di fattori culturali, ritardi burocratici, rigidità legislative, inadeguato assetto del tessuto produttivo, e di una diffusa tolleranza. Tutto questo deve indurre a diffidare delle virtù taumaturgiche dell'intervento legislativo, e a pensare ad una strategia ad ampio raggio che rimuova le cause strutturali di tale devastante situazione.

Orbene, la lettura delle recenti disposizioni dedicate all'emersione del lavoro sommerso – dal terzo grande provvedimento degli ultimi anni avente l'ambizione di costituire una sorta di disciplina generale, dopo l'esperienza non felice dei contratti di riallineamento e quella ancora peggiore della legge dei "cento giorni" del Governo di centrodestra (legge 18 ottobre 2001, n. 383) – sollecita una riflessione paradossale.

Insomma, benché esista il lavoro sommerso o nero nella realtà effettuale, anzi nonostante che esso costituisca un "deserto normativo" ovvero la stessa negazione del diritto del lavoro, è altresì vero che, forse proprio per questo (e cioè a causa dell'essere questo un fenomeno di fuga dal sistema giuridico dato), il diritto del lavoro ha un'estrema difficoltà nel ricondurre tale situazione illegale ed eversiva nell'alveo della legalità, se non mediante la draconiana applicazione di tutto il suo complesso di regole e principi senza alcuna mediazione improntata all'idea del graduale rientro nella legalità.

Con ciò si intende dire che ogniqualvolta il legislatore ha tentato di disegnare un sistema di regole, temporaneamente applicabili, che accompagnassero progressivamente, vale a dire a tappe, il recupero della legalità e della regolarità, sotto tutti i profili giuridicamente rilevanti (contributivi, fiscali, salute e sicurezza, normativi ed economici), sono sorti più problemi applicativi rispetto

---

[1088] G. Ghezzi-U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro subordinato*, 2° ed., Bologna, 1987, 32.

[1089] Cfr. T.Treu, *Proposte di riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 425 ss.; G.C. Perone, *Economia informale, lavoro sommerso e diritto del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, 1 ss.; M. Dell'Olio, *Il lavoro sommerso e la "lotta per il diritto"*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 43 ss.; G. Giugni, *La giungla e il deserto*, in *Pol. dir.*, 1977, 349 ss. Cfr., inoltre, il numero di *Dir. merc. lav.*, 2003, p. 63 ss., dedicato al lavoro sommerso con scritti di S. Nappi, F.De Falco, M.Mocella, C.Ponari, M.D'Aponte, A.De Felice, E.Sena, B.Di Benedetto, G.M.Monda, F.Beatrice e A.Borrelli.

all'ingresso immediato, nell'area dei rapporti di lavoro sommersi, della disciplina lavoristica a pieno regime.

È presumibile quindi che si possa dire che il diritto del lavoro non conosca il suo contrario: il non diritto del lavoro. E che quando lo incontra lo voglia e lo possa solo ricondurre a sé nel modo più violento e immediato possibile. Da un lato, perché il diritto del lavoro quando non è effettivo discredita sé stesso e finisce per delegittimarsi. Dall'altro, perché soluzioni morbide sono difficilmente praticabili, in quanto è enorme lo sforzo che il legislatore deve fare per attenuare la forza cogente delle norme e, come s'è già detto, per renderne elastica la portata, adattandola all'esigenza di favorire il rientro nella legalità. E la verità di quest'osservazione è dimostrata dall'esperienza pregressa, anche se, a prima vista, le soluzioni per favorire l'emersione del lavoro sommerso sembrano alquanto semplici. Infatti, in primo luogo, dovrebbe essere previsto un condono tombale su tutte le irregolarità (contributive, fiscali, normative e così via) relative ai periodi di lavoro sommerso che vengono denunciati; e, inoltre, dovrebbe essere creato un meccanismo che consenta la possibilità di ricostruzione totale della posizione previdenziale del lavoratore, in modo tale che costui non subisca danni futuri per i periodi di lavoro prestati in nero. È ovvio che appena si è passati a disegnare i concreti contorni di tali soluzioni sono sorti tutti i problemi messi in luce dall'applicazione della legislazione precedente: cioè, lo si ripete, dalla disciplina dei contratti collettivi di riallineamento e dalla legge n. 383/2001. Entrambe queste normative hanno peraltro scontato il difetto di essere state modificate *in itinere* più volte a tal punto da creare incertezze e dubbi tra i soggetti interessati su quale fosse l'effettivo quadro legale di riferimento[1090].

D'altra parte, è noto che il sommerso è un fenomeno ambivalente. Talvolta esso è frutto anche di forti complicità tra datore e lavoratore, e quindi non è solo sintomo di sfruttamento della condizione di debolezza del prestatore di lavoro subordinato. Inoltre, in certe condizioni, il lavoro sommerso può rappresentare un momento di una fase evolutiva di sistemi produttivi che può portare a fenomeni virtuosi di sviluppo economico. Altre volte (come sembra in prevalenza nel Mezzogiorno d'Italia) invece il lavoro sommerso assume contorni regressivi, meramente parassitari che fomentano circuiti viziosi del sottosviluppo. Di queste variegate caratteristiche devono ovviamente tenere conto le politiche per l'emersione e per lo sviluppo. È peraltro evidente che, per definizione, un sistema giuridico avente la precipua finalità protettiva di una delle parti del rapporto, come quello lavoristico, non può tollerare la persistenza di aree dove esso non trova applicazione. Semmai, è possibile graduare l'intensità del precetto legale e programmare percorsi di recupero della legalità da parte di alcuni contesti economici e produttivi. Ma tali scelte vanno effettuate con oculatezza, partendo dal principio che il lavoro sommerso o nero, pone il lavoratore in una condizione di maggiore debolezza nei confronti di qualsiasi altra tipologia di rapporto di lavoro (subordinato o autonomo); esso realizza una forma di precariato assoluto (di totale mancanza di ogni diritto) rispetto alla quale, già se si dà una rapida occhiata al pregnante ruolo dei valori sociali consacrati nella Costituzione, il legislatore ha il dovere di trovare una via d'uscita.

Il contrasto e l'emersione del lavoro sommerso hanno comunque costituito gli obiettivi delle politiche legislative degli ultimi anni, a prescindere dall'efficacia dei risultati raggiunti. Basti ricordare

---

[1090] Ires, *Emersione dal lavoro nero: diritti e sviluppo*, Ediesse, Roma, 2006, p. 45 ss., e spec. p. 81 ss.

che queste finalità hanno giustificato, oltre alla già citata legge n. 383/2001[1091], il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, nonché altri singoli provvedimenti del Governo di Centrodestra. E l'attuale Governo di Centrosinistra ha fatto della risoluzione della questione uno dei suoi (almeno a parole) principali obiettivi, insieme a quello della fuoriuscita dal precariato, della promozione del lavoro stabile in forma subordinata e a tempo indeterminato; mirando così a correggere in senso più garantista la disciplina del mercato del lavoro, che il precedente Governo di Centrodestra aveva novellato con eccessiva sensibilità nei confronti delle esigenze delle imprese e della flessibilità[1092]. Alcune misure in materia di lavoro sommerso, con specifica attenzione al settore edile, sono contenute nella legge 4 agosto 2006, n. 248, di conversione del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223. Altre disposizioni *lato sensu* inquadrabili in questo programma di politica legislativa sono presenti nella legge Finanziaria per il 2007. Tra queste, è qui opportuno dedicare uno sguardo particolare alla nuova procedura per l'emersione del lavoro sommerso contenuta dei commi da 1192 a 1200 della suddetta legge.

È importante sottolineare come la CGIL, da qualche anno (precisamente fin dal 2003), abbia lanciato una grande ed estesa campagna, sul piano nazionale, di azione sindacale contro il lavoro nero, caratterizzata dalla predisposizione di ampie e documentate proposte d'intervento[1093]. Di recente, l'iniziativa ha assunto maggiore visibilità e forza, perché svolta unitariamente da CGIL-CISL-UIL, le quali hanno avviato una negoziazione con il nuovo Governo di Centrosinistra, che è partita con la presentazione, il 18-19 luglio 2006, di una piattaforma unitaria contro il lavoro nero[1094]. E molte delle proposte e delle idee delle organizzazioni sindacali hanno trovato accoglimento nella legge n. 248/2006 e, soprattutto, nella legge Finanziaria per il 2007[1095]. È anche vero che la concertazione tra Governo e parti sociali, durante il precedente Governo di Centrodestra, non era del tutto scomparsa. Anzi, bisogna dire che, nonostante i pervicaci tentativi governativi (talvolta riusciti) di insinuare forti cunei all'interno della tradizionale unità di azione tra CIGIL, CISL e UIL, l'esigenza di non dividersi ha alla fine prevalso. Infatti, dopo un primo avviso comune in materia di emersione dell'economia sommersa, del 24 luglio 2002, non sottoscritto dalla CGIL, sono stati definiti, anche con la partecipazione di questo sindacato, due avvisi comuni, rispettivamente il 16 dicembre 2003 "in materia di emersione del lavoro irregolare in edilizia" e il 4 maggio 2004 "in materia di emersione del lavoro irregolare in agricoltura". Né va trascurato che la spinta al dialogo e alla concertazione è venuta anche dal Ministero del lavoro del precedente Governo, il quale, in collaborazione con il Comitato per l'emersione del lavoro non regolare (costituito in base all'art. 78 della legge 23 dicembre 1998, n. 448), terminata la fallimentare esperienza della

---

1091 Su cui cfr. F. Scarpelli, *L'emersione del lavoro nero nella legge Tremonti*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 29 ss.; C. Ressa, *L'emersione del lavoro sommerso*, in *Dir. lav.*, 2004, I, 275 ss.

1092 Cfr. A. Piccinini, *I volti della precarietà: conoscerli per superarli*, in *Quest. giust.*, 2006, 1160 ss.; S. Mattone, *Oltre la precarietà*, *ivi*, 2006, 1175 ss.

1093 Particolarmente importanti sono due testi: il primo è quello intitolato *Liberiamo i diritti. Le proposte della CGIL per un 'piano di legislatura' contro il lavoro nero*, presentato da questa organizzazione a Bari il 24 giugno 2005; il secondo è denominato *Analisi, idee e proposte per una strategia di lotta al lavoro nero*, diffuso dalla stessa CGIL il 5 dicembre 2003. L'azione della CGIL s'è poi concretata nella campagna "Il rosso contro il nero", di lotta e denuncia contro il lavoro sommerso, formalmente avviata il 4 maggio 2006.

1094 Tutto il materiale di fonte sindacale è reperibile nel sito Internet: www.cgil.it.

1095 Per uno sguardo d'insieme cfr. M.Lai, *Flessibilità, emersione e regolarizzazione*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, n. 7, 455 ss.

legge n. 383/2001, ha avviato, dal giugno 2003, dei cosiddetti Tavoli settoriali sul lavoro irregolare, con la presenza delle parti sociali: e il lavoro dei suddetti Tavoli settoriali ha prodotto risultati non trascurabili sul piano della condivisione degli strumenti d'intervento sul tema e inoltre i due già citati avvisi comuni in materia di emersione del lavoro irregolare in edilizia e agricoltura[1096]. Tutto questo ricco campionario di documenti e acquisizioni conoscitive (insieme ai testi di esclusiva fonte CGIL: la quale, come s'è accennato, ha mirato a fare risaltare una sua specifica campagna contro il lavoro sommerso fin dal 2003) hanno costituito il *background* per la costruzione di proposte più elaborate, sino a sfociare nella già citata piattaforma unitaria di CGIL-CISL-UIL contro il lavoro nero del 18-19 luglio 2006.

Al di là e indipendentemente dalle più raffinate capacità di ingegneria normativa, la precondizione necessaria per un'effettiva riduzione del lavoro sommerso richiede un mutamento culturale: sul piano della concreta realtà effettuale (quindi, ben oltre le mere dichiarazioni d'intenti) il lavoro sommerso deve diventare un disvalore. Solo così sarà possibile che abbia successo una campagna volta a promuovere il rispetto della legalità. In sintesi, è necessaria una strategia integrata di contrasto del lavoro sommerso: e cioè, frutto della combinazione di molteplici misure, collegate tra loro, variegate, diffuse, tarate sugli specifici contesti territoriali e produttivi. E soprattutto si deve muovere lungo due direttrici profondamente connesse. Da un lato, attraverso l'uso di tecniche promozionali e premiali che favoriscano l'emersione e l'osservanza delle norme legali e dei contratti collettivi, e che aiutino le imprese in emersione, ovvero al limite dell'irregolarità, ad adeguarsi a tutti gli adempimenti prescritti, nonché a consolidare la propria posizione nel mercato. Dall'altro, mediante l'uso degli strumenti di controllo e di repressione, in modo tale da non consentire la possibilità di sfruttare il lavoro sommerso; e comunque, come soluzione estrema, tramite sanzioni talmente dissuasive da rendere distruttiva per l'impresa ogni scelta non conforme al parametro della legalità.

In questa prospettiva, nel documento unitario di CGIL-CISL-UIL del luglio 2006[1097], si legge che "la consapevolezza delle molteplicità delle forme di lavoro irregolare e del suo annidarsi in meccanismi locali e settoriali spinge CGIL-CISL-UIL a formulare, quindi, alcune proposte articolate su più fronti. Occorre ragionare su un 'percorso' di riforme ed interventi che sanciscano più livelli di azione, che coinvolgono le parti sociali anche dei singoli settori, l'amministrazione pubblica, le imprese ed i lavoratori per quella che noi definiamo una vera e propria strategia con il lavoro nero. Una strategia fatta di: una politica di sviluppo della produzione di qualità e del buon lavoro, affiancata da una più efficace capacità di controllo e repressione; una politica per passare dal concetto di emersione al concetto di accompagnamento verso il consolidamento; un migliorato sistema di relazioni tra pubbliche amministrazioni, imprese e parti sociali, in grado di immettere maggiore trasparenza negli appalti, nelle forniture, nel distacco". Sicché, si dice che "le proposte di CGIL-CISL-UIL assumono quindi come strategica una politica di premialità e di sviluppo, con meccanismi di valorizzazione degli elementi di qualità del sistema produttivo e con sistemi di sostegno per quelle imprese che decidano di emergere e – nel medio periodo – qualificare la propria

---

[1096] Una completa documentazione (aggiornata quasi alla scadenza dell'ultima legislatura) sull'attività del Comitato per l'emersione del lavoro non regolare e dei Tavoli settoriali sul lavoro irregolare è sul sito dello stesso Comitato: www.emersionelavorononregolare.it.

[1097] Bisogna considerare che il documento unitario contiene ben 13 proposte d'intervento. Esso sintetizza e aggiorna un vasto campionario di suggerimenti contenuti sia nei già citati avvisi comuni sia nei già citati testi di fonte CGIL.

produzione"; e "al contempo si ritiene fondamentale un'opera di maggiore controllo e repressione per chi intende permanere in uno stato di illegalità".

Analogo approccio è adottato dalla legge della Regione Puglia 26 ottobre 2006, n. 28, intitolata "Disciplina in materia di contrasto al lavoro non regolare". Infatti, nella relazione al disegno di legge originario si osserva che "partendo dal presupposto che il problema dell'economia sommersa vada affrontato predisponendo una strategia complessiva, che tenga conto sia degli aspetti riguardanti la vigilanza e il controllo, sia di quelli più strettamente attinenti allo sviluppo settoriale e territoriale, fra gli obiettivi prioritari del disegno di legge sull'emersione, si riscontra quello di favorire un sistema che premia gli imprenditori che perseguano obiettivi di sviluppo economico, rispettando le disposizioni contrattuali e di legge".

2. La nuova procedura per l'emersione del lavoro nero.

Beninteso, nella legge Finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) sono presenti nuove norme volte a favorire l'emersione del lavoro sommerso, attraverso la predisposizione di una specifica procedura (commi da 1192 a 1201). Queste disposizioni sono affiancate ad altre, da un lato, dedicate alla promozione della stabilizzazione dell'occupazione, mediante il ricorso a contratti di lavoro subordinato, di attuali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto; e, dall'altro, rivolte a garantire il corretto utilizzo dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto[1098]. In questa sede, ci si occuperà principalmente della parte della legge finanziaria per il 2007 rivolta al lavoro sommerso, anche se non si trascurerà un confronto, se necessario, con il meccanismo per la stabilizzazione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Il comma 1192 dell'art. 1 (e unico) della legge n. 296/2007 dice che "al fine di procedere alla regolarizzazione e al riallineamento retributivo e contributivo di rapporti di lavoro non risultanti da scritture o da altra documentazione obbligatoria, i datori di lavoro possono presentare, nelle sedi dell'INPS territorialmente competenti, entro il 30 settembre 2007, apposita istanza ai sensi del comma 1193". Qui il legislatore adotta, per l'individuazione della fattispecie del lavoro sommerso, il criterio generalmente praticato in altre realtà nazionali e a livello comunitario che è quello che fa riferimento al concetto di "lavoro non dichiarato" alle autorità competenti in materia. Tuttavia, in modo coerente con la *ratio* della norma, va ritenuto che possano essere regolarizzati anche i rapporti di lavoro non totalmente sommersi, ma anche quelli più o meno "grigi": e cioè che siano "non risultanti da scritture o da altra documentazione obbligatoria" solo in modo parziale. Come il falso lavoro *part time*, che in verità nasconde un rapporto ad orario pieno[1099]. Ciò che conta è che il rapporto di lavoro (subordinato) *de facto* esistente non corrisponda a quanto formalmente risultante dalle documentazioni ufficiali.

In base al primo periodo del comma 1193, "l'istanza di cui al comma 1192 può essere presentata esclusivamente dai datori di lavoro che abbiano proceduto alla stipula di un accordo aziendale ovvero territoriale, nei casi in cui nelle aziende non siano presenti le rappresentanze sindacali o

---

[1098] Cfr. E. Massi, *Emersione dal "nero" e stabilizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, n. 5, 327 ss.; P.Pennesi-D.Papa, *Emersione e stabilizzazione: primi orientamenti dopo la Finanziaria*, in *Guida al lavoro*, 2007, n. 5, 24 ss.; A.Piccinini, *Le procedure di regolarizzazione e stabilizzazione nella Finanziaria 2007*, in www.cgil.it/giuridico, 2007; M.Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero" e la trasformazione delle collaborazioni autonome*, dattiloscritto, aprile 2007.

[1099] Cfr. M. Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero"*, cit., p. 5.

unitarie, con le organizzazioni sindacali aderenti alle associazioni nazionali comparativamente più rappresentative finalizzato alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro di cui al comma 1192". Orbene, è probabile che gli accordi territoriali verranno stipulati comunque, poiché potrebbero operare come accordi cornice o quadro, tali da istituire condizioni eguali per tutti i datori di lavoro che vogliano emergere. Inoltre, benché la disposizione non sia formulata con un uso appropriato della sintassi, sembra logico ritenere che nulla precluda la stipula di un accordo aziendale direttamente con le organizzazioni sindacali esterne. Ciò ovviamente in assenza di rappresentanze sindacali unitarie all'interno dell'azienda, le quali in base al Protocollo del 23 luglio 1993 sono i soggetti (insieme ai sindacati territoriali di categoria) legittimati a trattare nell'ambito del secondo livello di contrattazione. Ad ogni modo, per essere ancora più realistici, va detto che è estremamente difficile individuare un'azienda dotata di rappresentanze sindacali (unitarie o meno) e che abbia rapporti di lavoro sommersi. Pertanto, è presumibile ed auspicabile che il ruolo portante venga svolto dall'accordo territoriale. Più precisamente, è possibile che vengano sottoscritti accordi territoriali tali da fornire modelli di accordi aziendali. Poi, si può verificare che il datore stipuli direttamente l'accordo aziendale con le organizzazioni sindacali esterne individuate dal comma 1193. La disposizione prevede che il datore possa sottoscrivere direttamente l'accordo territoriale. In verità, normalmente, gli accordi territoriali sono stipulati, per entrambe le parti, da soggetti collettivi: perciò, l'accesso del singolo datore ad un accordo territoriale può avvenire solo tramite la cosiddetta sottoscrizione per adesione. Sul piano pratico, tuttavia, è difficile prescindere da un qualche accordo a livello aziendale, perché un'efficace regolarizzazione presuppone l'adattamento della disciplina legislativa alla specifica situazione di ogni contesto aziendale.

La prima esperienza pratica sembra confermare quest'impressione: la CGIL ha elaborato un modello di accordo aziendale per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro, che ovviamente consente gli adattamenti richiesti dalla specifica situazione concreta.

È peraltro apprezzabile l'utilizzazione, da parte del primo periodo del comma 1193, del criterio selettivo della maggiore rappresentatività comparata, con una formulazione tale (e cioè con l'uso della proposizione plurale "le", la quale presuppone la presenza di più soggetti sindacali) da evitare il rischio di legittimare accordi separati con una sola organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa. Basti qui ricordare che il criterio selettivo dei soggetti sindacali legittimati alla stipula dei suddetti accordi non pone alcun problema di legittimità costituzionale in relazione all'art. 39 Cost., in quanto è nella discrezionalità del legislatore la scelta delle modalità e delle condizioni di accesso a benefici economici per le imprese a spese delle risorse statali.

Il secondo periodo del comma 1193 stabilisce quali sono i contenuti dell'istanza di cui al comma 1192: così, si dice che "nell'istanza il datore di lavoro indica le generalità dei lavoratori che intende regolarizzare ed i rispettivi periodi oggetto di regolarizzazione, comunque non anteriori ai cinque anni precedenti alla data di presentazione dell'istanza medesima". Qui emerge chiaramente che i periodi di lavoro sommerso o in nero regolarizzabili possono, al massimo, estendersi a ritroso fino a cinque anni dalla data di presentazione dell'istanza (il termine ultimo è, come s'è visto, il 30 settembre 2007).

Le modalità specifiche della regolarizzazione dei rapporti di lavoro, tuttavia, dovrebbero essere dettagliatamente descritte dall'accordo collettivo, già menzionato dal comma 1193, che il datore di lavoro deve necessariamente stipulare qualora voglia avvalersi della procedura di emersione qui in esame. Infatti, il comma 1194 aggiunge che "l'accordo sindacale di cui al comma 1193, da allegare all'istanza, disciplina la regolarizzazione dei rapporti di lavoro mediante la stipula di

contratti di lavoro subordinato e promuove la sottoscrizione di atti di conciliazione individuale che producono, nel rispetto della procedura dettata dalla normativa vigente, l'effetto conciliativo di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile con riferimento ai diritti di natura retributiva, e a quelli ad essi connessi e conseguenti derivanti dai fatti descritti nella istanza di regolarizzazione e per i periodi in essa indicati, nonché ai diritti di natura risarcitoria per i periodi medesimi".

Va subito segnalata qualche piccola trascuratezza terminologica e dogmatica del legislatore. In primo luogo, nel comma 1194 si parla di "accordo sindacale": in verità, nel contesto della legge, l'accordo è sempre "sindacale", ma, più esattamente, bastava dire "collettivo", o "aziendale o "territoriale", come aveva fatto, in modo corretto, il precedente comma 1193. Inoltre, se i rapporti di lavoro (come afferma il comma 1192) sono irregolari, perché non dichiarati, ma già esistenti, allora è scorretto dire che vanno regolarizzati "mediante la stipula di contratti di lavoro subordinato". In effetti, il contratto di lavoro subordinato è venuto ad essere fin dal momento della sua conclusione, secondo i principi tradizionali: e ha vissuto a prescindere dal rispetto delle regole imperative che ne governano lo svolgimento. Semmai, le parole del legislatore, possono essere intese nel senso che l'accordo sindacale ha la facoltà di determinare quali sono le tipologie contrattuali di lavoro subordinato utilizzabili "per convertire" il rapporto di lavoro in nero in uno del tutto emerso. E già questa lettura potrebbe essere di grande stimolo al ricorso alla procedura, in quanto sarebbe possibile, indipendentemente da quanto successo in passato, a partire dal momento dell'emersione, una sostanziale novazione del rapporto di lavoro pregresso; con ciò potendo ricorrere a tipologie contrattuali anche di per sé incompatibili con un precedente rapporto di lavoro, seppure in nero: come soprattutto l'apprendistato o, a certe condizioni, il contratto di lavoro a termine. A questo proposito, va detto che circola già qualche dubbio sulla liceità dell'utilizzazione del contratto di apprendistato, quale strumento di regolarizzazione dei pregressi rapporti di lavoro in nero, poiché ciò consentirebbe al datore di godere per il futuro di uno sconto contributivo che sembra eccessivo e inoltre perché l'apprendistato (che presuppone lo svolgimento di un'attività formativa) sembra incompatibile con un precedente periodo di lavoro, in cui il lavoratore si sarebbe già formato[1100]. Stante la formula della disposizione, è però possibile ritenere che, grazie alla mediazione regolativa dell'accordo collettivo, il contratto di apprendistato sia individuato come strumento negoziale per avviare una regolarizzazione morbida dei rapporti di lavoro, permettendo appunto al datore di non essere gravato immediatamente dall'intero peso degli oneri contributivi[1101]. Per quanto riguarda, la possibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro con il contratto a termine, va ribadito che ciò sembra ammissibile, purché la causale giustificativa dell'apposizione del termine non sia solo quella connessa all'emersione, bensì faccia leva, alla stregua dell'interpretazione prevalente dell'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, su una temporanea ragione di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. E tale ragione, in forza del comma 1200, deve giustificare la protrazione del rapporto per almeno ventiquattro mesi. Nel modello di accordo aziendale diffuso dalla CGIL, viene fatta espressa menzione della

---

[1100] Cfr. E. Massi, *Emersione*, cit., 328; P. Pennesi-D.Papa, *Emersione*, cit., 25.

[1101] Cfr. A. Piccinini, *Le procedure*, cit., 2.

possibilità di regolarizzare il rapporto contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato o a tempo determinato, con ciò implicitamente escludendo il ricorso all'apprendistato.

Semmai, qualora il rapporto futuro fosse a tempo indeterminato, il datore di lavoro potrebbe accedere ai benefici fiscali assegnati dal comma 266 della stessa legge Finanziaria per il 2007 e che consistono in un significativo abbattimento della base imponibile IRAP[1102]: ciò perché la disposizione attribuisce il beneficio "per ogni lavoratore dipendente a tempo indeterminato impiegato nel periodo di imposta"; non ancorando quindi l'agevolazione a nuove assunzioni, le quali, a stretto rigore di termini, non riguardano i lavoratori regolarizzati che appunto non possono definirsi nuovi assunti. E la possibilità di godere di questo beneficio dovrebbe indurre i datori ad utilizzare il contratto a tempo indeterminato come strumento principale per la regolarizzazione.

Ad ogni modo, la disposizione fissa un limite negativo: la regolarizzazione deve necessariamente avvenire tramite il riconoscimento della "stipula di contratti di lavoro subordinato". Quindi non è possibile che il datore cerchi di sanare il periodo pregresso, riconoscendo la natura subordinata del rapporto passato, e per il futuro di ricorrere a tipologie contrattuali di lavoro non subordinato.

È possibile comunque ricavare, dalla lettura di questa prima parte della nuova disciplina in tema di emersione, alcuni principi e direttive che vorrebbero eliminare i difetti e le criticità manifestati dall'esperienza legislativa immediatamente precedente: e cioè, dalla legge n. 383/2001. Oggi infatti l'accordo collettivo ritorna a dominare, grazie al sostegno del legislatore, la scena del mercato del lavoro anche nell'ottica del governo dei processi di emersione. Così, l'accordo collettivo è visto come strumento di controllo sociale che apre la porta della stanza del regime agevolato per la regolarizzazione dei precedenti rapporti di lavoro in nero. E una delle più grosse critiche che ha colpito la legge n. 383/2001 è stata quella di mettere in rilievo a ragione che essa lasciava completamente solo il lavoratore di fronte alla discrezionale decisione del datore di aderire alla procedura di emersione o no; quindi in una situazione di notevole debolezza e senza l'assistenza delle organizzazioni sindacali o degli organi pubblici competenti in materia[1103].

3. Il ruolo dell'accordo collettivo e la conciliazione individuale sui diritti pregressi.

Il comma 1193 afferma, senza ombra di dubbio, che l'adesione all'accordo collettivo costituisce un presupposto fondamentale per l'ammissione del datore di lavoro alla procedura di emersione. Inoltre, il successivo comma 1194 distingue chiaramente due contenuti del medesimo accordo: da un lato, esso "disciplina la regolarizzazione… mediante la stipula di contratti di lavoro subordinato"; dall'altro, "promuove la sottoscrizione di atti di conciliazione individuale". Posto che s'è spiegato come in verità il contratto di lavoro in nero da regolarizzare sia già stato stipulato, all'atto dell'incontro tra le volontà delle parti contrapposte, va detto che non sembra possibile che possano essere sanati rapporti di lavoro in nero ormai cessati[1104]. In effetti, l'obiettivo del legislatore non pare essere quello di concedere una sanatoria e basta al datore, bensì quello di favorire la

---

[1102] Cfr. A. Piccinini, *Le procedure*, cit., 3.

[1103] Cfr. F. Scarpelli, *L'emersione*, cit., 31 ss.

[1104] Di diverso avviso cfr. P. Pennesi-D.Papa, *Emersione*, cit., p. 26; M. Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero"*, cit., p. 8.

regolarizzazione e l'emersione di rapporti di lavoro in fase di svolgimento, in modo tale che essi possano continuare alla luce del sole nel pieno rispetto dei diritti dei lavoratori.

Ci si può chiedere peraltro quali possano essere gli altri contenuti dell'accordo collettivo in ordine alla "disciplina della regolarizzazione dei rapporti di lavoro". Inoltre, il fatto che l'accordo debba "promuovere la sottoscrizione di atti di conciliazione individuale", dovrebbe essere inteso nel senso che il datore di lavoro sia obbligato ad aderire alle conciliazioni, nei termini stabiliti dal medesimo accordo collettivo, qualora ovviamente il lavoratore sia a ciò disponibile[1105]. Risulta così estremamente importante che l'accordo collettivo fissi linee guida per le conciliazioni individuali che non trascurino l'esigenza di renderle in qualche modo favorevoli per i lavoratori. Altrimenti, si potrebbe verificare la situazione in cui il datore emerge, sana sul piano contributivo il periodo pregresso, ma resta esposto a tutte le altre rivendicazioni del lavoratore rispetto al medesimo arco di tempo. Nel modello di accordo aziendale diffuso dalla CGIL una delle clausole concerne proprio la determinazione di quanto il datore di lavoro dovrebbe offrire ad ogni lavoratore in via di regolarizzazione a titolo transattivo/risarcitorio. Il contenuto della clausola va logicamente riversato, per ogni dipendente, negli atti di conciliazione individuale. La pregnanza della soluzione è indubbia: il sindacato dei lavoratori tratta direttamente con il datore le soluzioni da adottare per il periodo pregresso in nero; e in questo modo l'azione collettiva ripristina l'equilibrio di poteri contrattuali non esistente in caso di negoziazione individuale. Il datore di lavoro, sottoscrivendo l'accordo, è obbligato ad accettare le relative direttive per gli atti di conciliazione individuale. Il singolo lavoratore resta libero se aderire o meno alla conciliazione. La logica vorrebbe che le organizzazioni sindacali dei lavoratori determinassero preventivamente con ogni dipendente quale sia il margine di trattativa per la definizione delle pendenze relative al periodo pregresso. Così, non vi sarebbe alcun pericolo che il lavoratore rifiuti di sottoscrivere l'atto di conciliazione il cui contenuto risulta predeterminato dall'accordo aziendale.

Proprio in relazione all'oggetto della conciliazione la discussione può essere alquanto variegata. È evidente che, secondo i principi generali, il lavoratore non può direttamente conciliare sul debito contributivo del suo datore di lavoro, restando sempre aperta la possibilità per l'ente previdenziale di contestare la conciliazione e sostenere l'esistenza di una situazione differente da quella consacrata nell'atto conciliativo. Però è anche vero che di recente il legislatore, con l'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004, ha introdotto la possibilità di una vera e propria conciliazione sui contributi pregressi, purché essa avvenga di fronte al conciliatore monocratico della Direzione provinciale del lavoro. In base a quest'ultima disposizione, "i versamenti dei contributi previdenziali e assicurativi, da determinarsi secondo le norme in vigore, riferiti alle somme concordate in sede conciliativa, in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché il pagamento delle somme dovute al lavoratore, estinguono il procedimento ispettivo". Questa disposizione è stata fatta oggetto di forti critiche da parte del mondo sindacale, poiché accusata di creare un meccanismo tale per cui il lavoratore si sarebbe trovato senza assistenza alcuna e probabilmente costretto ad accettare senza discutere la proposta del conciliatore monocratico. Il comma 2 dell'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004 prevede, infatti, l'assistenza delle organizzazioni sindacali solo come eventuale, su richiesta del lavoratore, e non necessaria. Sotto questo profilo, la nuova procedura, ancorando la conciliazione alle sedi tradizionali, è senza dubbio più apprezzabile, poiché il singolo lavoratore godrebbe dell'assistenza necessaria delle organizzazioni sindacali.

[1105] Cfr. sul punto le interessanti considerazioni di M. Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero"*, cit., p. 7 s.

Al momento, proprio richiamando l'esempio (dell'oggetto) della conciliazione monocratica, v'è chi sostiene che, grazie al comma 1194, sia possibile una vera e propria conciliazione sui contributi pregressi[1106]; mentre secondo altri ciò resterebbe precluso, poiché il lavoratore non ha la disponibilità della sua posizione contributiva, la quale trova garanzia anche nella Costituzione[1107].

A bene vedere, sul piano pratico tenendo conto quanto si verifica nella realtà, sembra che il problema in effetti non esista, almeno nei termini così complessi appena evocati. Intanto, il comma 1194 non fa riferimento esplicito agli oneri contributivi quale oggetto della conciliazione ivi menzionata. Però, una lettura ragionevole dovrebbe essere quella di ritenere che l'accordo sindacale possa coniare modelli di atti di conciliazione individuale. Più precisamente, questi modelli dovrebbero prevedere il riconoscimento dei periodi di lavoro in nero in modo convenzionale, fissando quindi la somma in base alla quale, in forza del comma 1196, andranno calcolati i contributi previdenziali da pagare per definire la regolarizzazione. Ciò che conta è che tale riconoscimento avvenga in maniera tale da non comprimere eccessivamente la posizione del lavoratore, tenendo conto anche del fatto che il datore gode, come appunto stabilisce il comma 1196, di un sensibile sconto contributivo per la regolarizzazione dei suddetti periodi. Importante per il datore di lavoro è, inoltre, che i menzionati modelli (che potrebbero essere adattati alla situazione concreta) tengano in rilievo i diritti del lavoratore connessi ai trattamenti economici e normativi, e anche i diritti risarcitori relativi ad eventuali infortuni o malattie professionali sorti nel periodo irregolare. Ma è altresì importante, sul piano dell'equità, che i modelli di conciliazione mirino a raggiungere soluzioni equilibrate, bilanciando gli interessi in campo, non limitandosi ad ottenere da parte del lavoratore la rinuncia ad ogni suo diritto concernente il periodo pregresso, ma trovando una via di mezzo tra quanto integralmente "dovuto" e la totale liberazione del datore.

Nel modello di "verbale di conciliazione di regolarizzazione" diffuso dalla CGIL, insieme al già citato modello di accordo aziendale, si adotta la struttura comunemente praticata in concreto proprio per sfuggire ad eventuali pretese degli enti previdenziali (e fiscali), con una formula che è stata autorevolmente definita come una "scappatoia"[1108]: le somme che vengono corrisposte al lavoratore sono qualificate come aventi natura risarcitoria e transattiva, allo scopo di eliminare liti eventuali. È evidente che tale atto non potrebbe di per sé essere opponibile agli enti previdenziali; ed è altresì evidente che in sostanza la formula suggerita maschera la reale situazione con un vero e proprio gioco di prestigio. Tuttavia, è difficile che, nel caso in esame, gli enti previdenziali vogliano e si assumano la responsabilità di contestare atti conciliativi risultanti da una procedura di emersione, come risulta dal comma 1210, da essi controllata e probabilmente in parte guidata. Come s'è già visto, la posizione del lavoratore dovrebbe essere garantita grazie al fatto che il modello di accordo aziendale della CGIL prevede per ogni dipendente la preventiva definizione del contenuto della futura conciliazione: in questo modo il sindacato avrebbe la possibilità di assicurare (incidendo sul *quantum* tramite un'apposita trattativa) che quanto corrisposto per il periodo pregresso in nero non sia tanto lontano da quanto effettivamente dovuto. Così, sia il lavoratore sia il datore di lavoro avrebbero la reale convenienza a sottoscrivere l'atto di conciliazione: il primo per evitare le lungaggini di un giudizio il cui risultato finale sarebbe sempre incerto,

---

[1106] Cfr. E. Massi, *Emersione*, cit., 330.

[1107] Cfr. P. Pennesi-D.Papa, *Emersione*, cit., 25.

[1108] Cfr. G.Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1990, 114 s.

accettando una somma di denaro e una copertura contributiva abbastanza vicini al dato reale; il secondo per non correre il rischio di subire tutte le sanzioni e i maggiori oneri conseguenti all'accertamento giudiziario dell'esistenza di un pregresso rapporto di lavoro in nero. Insomma, grazie ad un sapiente uso delle tecniche contrattuali, la mera "promozione" della "sottoscrizione di atti di conciliazione individuale" – che, a prima vista, è il contenuto dell'accordo aziendale prefigurato dal comma 1194 – può risolversi in un vero e proprio obbligo per il datore di lavoro e in un comportamento di fatto necessitato per il singolo lavoratore. Pertanto, è evidente quanto importante sia il ruolo spettante alle organizzazioni sindacali nella gestione della procedura di emersione e in ordine all'effettiva riuscita della medesima[1109].

Più chiaro è stato comunque il legislatore quando ha descritto gli elementi della procedura di cui al comma 1202 e ss. per la trasformazione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, mediante la stipula di contratti di lavoro subordinato. Anche qui l'accordo collettivo promuove e regola la trasformazione suddetta. E il comma 1203 dice che "a seguito dell'accordo i lavoratori interessati alla trasformazione sottoscrivono atti di conciliazione individuale conformi alla disciplina di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile". Per il primo periodo del comma 1207, "gli atti di conciliazione di cui al comma 1203 producono l'effetto di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile con riferimento ai diritti di natura retributiva, contributiva e risarcitoria per il periodo pregresso". E il terzo periodo dello stesso comma aggiunge che "per effetto degli atti di conciliazione, è precluso ogni accertamento di natura fiscale e contributiva per i pregressi periodi di lavoro prestato dai lavoratori interessati dalle trasformazioni di cui ai commi da 1202 a 1208". Come si vede, qui il legislatore prevede espressamente che la conciliazione individuale – pur mediata e diretta dal preventivo intervento dell'accordo collettivo – possa fare *tabula rasa* dell'intero passato sotto tutti i profili giuridicamente rilevanti.

Ritornando alla regolarizzazione del lavoro nero, nel citato modello di accordo aziendale della CGIL è altresì prevista la determinazione del periodo pregresso di lavoro in nero per ogni dipendente che viene regolarizzato: ciò costituirà il punto di riferimento per il calcolo della contribuzione ridotta, di cui al comma 1196, da versare per la regolarizzazione dei suddetti periodi.

D'altra parte, il fatto che le conciliazioni di cui parla il comma 1194 debbano avvenire in sede di commissione di conciliazione amministrativa o sindacale è ricavabile dalle parole "nel rispetto della procedura dettata dalla normativa vigente". Tale formula consente di desumere che tali conciliazioni siano non impugnabili alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. Ciò perché non basterebbe al riguardo il solo riferimento a "l'effetto conciliativo di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile": le due norme non disciplinano gli effetti della conciliazione (tranne quello relativo all'esecutività del verbale di conciliazione), ma solo le sedi e le procedure di questa. L'effetto di inoppugnabilità della conciliazione è consacrato dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. Sotto questo profilo chi ha scritto la disposizione ha fatto tesoro delle critiche che erano state rivolte all'analoga formula contenuta nell'art. 1, comma 4-*bis*, della legge n. 383/2001. Sicché, è proprio il rispetto della procedura attualmente vigente, e quindi la stipula delle conciliazioni nelle sedi legislativamente stabilite, che consente di attribuire a tali atti l'effetto di non impugnabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.[1110].

[1109] Cfr. A. Piccinini, *Le procedure*, cit., 2 ss.

[1110] Cfr. M. Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero"*, cit., p. 7.

Inoltre, l'accordo collettivo non potrà esimersi dall'imporre al datore di lavoro di precisare i contenuti del rapporto futuro: e cioè, la data di assunzione, l'inquadramento professionale, le mansioni, l'orario di lavoro, la retribuzione e il contratto collettivo nazionale applicato. E già in questa direzione si muove il citato modello di accordo aziendale predisposto dalla CGIL.

4. Le altre condizioni per accedere alla regolarizzazione.

Continuando nell'esposizione dei contorni della nuova procedura, il comma 1195 dice che "ai fini del comma 1192 si applica il termine di prescrizione quinquennale per i periodi di mancata contribuzione precedenti al periodo oggetto di regolarizzazione di cui al comma 1193". Questo è uno dei punti della nuova disciplina che lasciano maggiormente perplessi. Se l'effetto della presentazione dell'istanza di cui al comma 1192 è la riapertura dei termini di prescrizione per i contributi omessi, per un periodo che arriva fino ai cinque anni precedenti a quello oggetto di regolarizzazione, tale soluzione di fatto disincentiva l'adesione dei datori alla procedura di emersione. Ciò perché la riapertura della prescrizione sembra consentire agli istituti previdenziali di accertare e pretendere i contributi evasi per questo periodo, e anche al lavoratore di intraprendere tutte le azioni a difesa della sua posizione contributiva relativa al medesimo torno di tempo[1111]. Tuttavia, è possibile un'altra lettura più favorevole al datore di lavoro e più coerente con la *ratio* della disposizione volta a favorire la regolarizzazione dei periodi di lavoro in nero. Si può sostenere che il primo periodo del comma 1195 voglia bloccare l'eventuale prescrizione decennale che opera per i crediti contributivi in caso di denuncia del lavoratore. Così, qualora il datore di lavoro regolarizzasse tutti i cinque anni consentiti, per i periodi di mancata contribuzione ad essi precedenti la prescrizione sarebbe comunque di cinque anni anche in caso di denuncia del lavoratore: e di fatto impedirebbe qualsiasi azione volta al recupero dei crediti relativi a tale periodo. Questa soluzione sembra la più ragionevole, sebbene non del tutto in linea con la lettera della disposizione.

Il secondo periodo del comma 1195 stabilisce che "l'accesso alla procedura di cui ai commi da 1192 a 1201 è consentito anche ai datori di lavoro che non siano stati destinatari di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi concernenti il pagamento dell'onere contributivo ed assicurativo evaso o le connesse sanzioni amministrative"; e il terzo periodo dello stesso comma 1195 aggiunge che "gli effetti di tali provvedimenti sono comunque sospesi fino al completo assolvimento degli obblighi di cui al comma 1196". Infine, per il quarto periodo del medesimo comma 1195 "in ogni caso l'accordo sindacale di cui al comma 1194 comprende la regolarizzazione delle posizioni di tutti i lavoratori per i quali sussistano le stesse condizioni dei lavoratori la cui posizione sia stata oggetto di accertamento". In questo modo, il legislatore cerca di evitare che la regolarizzazione venga usata solo per quei rapporti di lavoro in nero già scoperti dagli organi di vigilanza e per i quali non vi siano stati provvedimenti definitivi, restando aperto il relativo contenzioso. Certo può essere difficile assicurare tale parità di trattamento. Però, la disposizione può essere interpretata nel senso che la scoperta in futuro anche di un solo rapporto in nero, che non sia stato coinvolto dalla procedura di regolarizzazione, può comportare la totale esclusione del datore da ogni beneficio per tutti gli altri rapporti che invece sono stati regolarizzati.

Il comma 1196 contiene la disciplina degli incentivi sul piano previdenziale concessi al datore per indurlo ad aderire alla procedura di emersione. La disposizione sancisce, al primo periodo, che

---

[1111] Cfr. P. Pennesi-D.Papa, *Emersione*, cit., 26.

"all'adempimento degli obblighi contribuivi e assicurativi a carico del datore di lavoro relativi ai rapporti di lavoro oggetto della procedura di regolarizzazione si provvede mediante il versamento di una somma pari a due terzi di quanto dovuto tempo per tempo alle diverse gestioni assicurative relative ai lavoratori dipendenti secondo le seguenti modalità: a) versamento all'atto dell'istanza di una somma pari ad un quinto del totale dovuto; b) per la parte restante, pagamento in sessanta rate mensili di pari importo senza interessi". Così, il datore di lavoro gode di uno sconto contributivo che ammonta ad un terzo di quanto avrebbe dovuto versare. Il secondo periodo del medesimo comma 1196 aggiunge che "i lavoratori sono comunque esclusi dal pagamento della parte di contribuzione a loro carico". Qui si può porre il problema se il datore sia obbligato a pagare la quota a carico dei lavoratori.

Sembrerebbe che il tutto giochi a vantaggio dei lavoratori. Purtroppo, il terzo periodo della stessa disposizione precisa che "la misura del trattamento previdenziale relativa ai periodi oggetto di regolarizzazione è determinata in proporzione alle quote contributive effettivamente versate". Il che significa che lo sconto contributivo per il datore di lavoro produce l'effetto di abbassare il livello del trattamento previdenziale del lavoratore, anche se effettivamente egli avrebbe diritto ad una tutela piena. Si tratta di un bilanciamento dei vari interessi in campo che agisce a danno del soggetto più debole. Infatti, come bene s'è osservato, stante l'applicazione del metodo contributivo in relazione alla misura della pensione, è probabile che i contributi relativi al periodo oggetto di regolarizzazione saranno talmente bassi da impedire al lavoratore di avere una pensione[1112]. Certo, al lavoratore resterebbe aperta la possibilità della contribuzione volontaria, per raggiungere una piena copertura previdenziale per i periodi pregressi, ma ovviamente egli dovrebbe coprire le quote residue di tasca propria.

Il comma 1197 governa il salvataggio del datore rispetto ad alcune delle sanzioni connesse ai rapporti di lavoro in nero. Così, la disposizione stabilisce che "il versamento della somma di cui al comma 1196 comporta l'estinzione dei reati previsti da leggi speciali in materia di versamento di contributi e premi, nonché di obbligazioni per sanzioni amministrative e per ogni altro onere accessorio connesso alla denuncia e il versamento dei contributi e dei premi, ivi compresi quelli di cui all'articolo 51 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, nonché all'articolo 18 del decreto-legge 30 agosto 1968, n. 918, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 ottobre 1968, n. 1098, in materia di sgravi degli oneri sociali".

Come si può cogliere, in particolare dall'analisi dei due ultimi commi (ma non solo), la nuova procedura risulta monca. E cioè, il legislatore sembra essersi dimenticato dell'esigenza di sanare anche i periodi di lavoro in nero sul piano fiscale e non solo contributivo[1113]. L'omissione risulta evidente confrontando il comma 1197 con quanto afferma il secondo periodo del comma 1207 a proposito della procedura di stabilizzazione dei rapporti di collaborazione. Qui infatti la disposizione dice espressamente che "il versamento della somma di cui al comma 1205 comporta l'estinzione dei reati previsti da leggi speciali in materia di versamenti di contributi o premi e *di imposte sui redditi*". Analoga indicazione è rinvenibile nel già citato ultimo periodo del comma 1207

[1112] Cfr. M. Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero"*, cit., p. 2.

[1113] Così, M. Miscione, *La regolarizzazione del lavoro "nero"*, cit., p. 4.

laddove si prevede che la conciliazione produce l'effetto di precludere "ogni accertamento di natura fiscale e contributiva per i pregressi periodi di lavoro".

La mancanza di una qualsivoglia forma di condono fiscale – come invece hanno opportunamente previsto le passate procedure per l'emersione già qui ricordate – espone il datore e il lavoratore al rischio di accertamenti da parte degli enti a ciò preposti, e in sostanza dissuade dall'affrontare il percorso verso l'emersione. Tale omissione non risulta spiegabile in alcun modo, se non ammettendo l'idea di un legislatore non consapevole dell'esistenza di tutta una serie di obblighi di natura fiscale che gravano imperiosamente sul datore e il lavoratore.

Il comma 1198, al primo periodo, afferma che "nei confronti dei datori di lavoro che hanno presentato l'istanza di regolarizzazione di cui al comma 1192, per la durata di un anno a decorrere dalla data di presentazione, sono sospese le eventuali ispezioni e verifiche da parte degli organi di controllo e vigilanza nella materia oggetto della regolarizzazione anche con riferimento a quelle concernenti la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori". È dubbio cosa significhi esattamente "materia oggetto della regolarizzazione". La lettura più ragionevole induce a ritenere che si tratti di tutte le questioni relative ai rapporti di lavoro per cui si procede alla regolarizzazione, comprensive anche di quelle riguardanti la normativa sull'igiene e la sicurezza del lavoro. Sicché, tale franchigia temporale non abbraccia sicuramente le eventuali violazioni di norme non direttamente connesse alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro. Inoltre, il comma 1198, al secondo periodo, aggiunge che "resta ferma la facoltà dell'organo ispettivo di verificare la fondatezza di eventuali elementi nuovi che dovessero emergere nella materia oggetto della regolarizzazione, al fine dell'integrazione della regolarizzazione medesima da parte del datore di lavoro". In questo modo, si rende elastica la procedura, permettendo che il datore di lavoro possa essere anche guidato nell'adeguarsi al rispetto pieno degli obblighi legislativi da parte degli organi ispettivi. E ciò è in linea con la più recente (e condivisibile) tendenza legislativa (cfr. il d.lgs. n. 124/2004) che valorizza il ruolo collaborativo e promozionale degli organi ispettivi: come soggetti in grado di stimolare e aiutare i datori di lavoro lungo i percorsi di graduale regolarizzazione degli obblighi in materia di lavoro; optando per il ricorso all'applicazione di sanzioni afflittive solo come rimedio estremo, quando non v'è più altra possibilità di soluzione meno drastica.

Il terzo periodo del comma 1198 sancisce che "entro un anno a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di regolarizzazione di cui al comma 1192, i datori di lavoro devono completare, ove necessario, gli adeguamenti organizzativi e strutturali previsti dalla vigente legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori". È questo un ulteriore beneficio concesso al datore di lavoro, che gli consente di sanare gradualmente (nel termine di un anno) le eventuali violazioni relative alla normativa sull'igiene e la sicurezza del lavoro, senza temere, come statuisce il primo periodo della disposizione, eventuali ispezioni da parte degli organi competenti. Anche se, come s'è già accennato, è possibile che le ispezioni e le verifiche vi siano, seppure non nella materia oggetto della regolarizzazione. La cosa più probabile è che, durante l'anzidetta franchigia temporale, gli organi ispettivi si limiteranno a segnalare violazioni e irregolarità al datore di lavoro, ricordandogli di avere un anno di tempo per mettersi in regola.

Infine, il quarto periodo del comma 1198 afferma che "l'efficacia estintiva di cui al comma 1197 resta condizionata al completo adempimento degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei lavoratori verificato alla scadenza del predetto anno dai competenti organi ispettivi delle aziende sanitarie locali ovvero dei servizi ispettivi delle direzioni provinciali del lavoro per le attività produttive previsti dal regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14

ottobre 1997, n. 417". La disposizione conferma così quanto sia importante, nel contesto della procedura in esame, l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla normativa sull'igiene e la sicurezza del lavoro e quindi pone una condizione per usufruire dell'estinzione dei reati di cui al comma 1197.

Rispetto alla possibilità di graduale adempimento degli obblighi in materia di sicurezza, di cui al terzo periodo del comma 1198, e alla connessa sospensione delle ispezioni e verifiche da parte degli organi di vigilanza, di cui al primo periodo della medesima disposizione, sono sorte perplessità. Invero, s'è osservato che la temporanea diluizione dell'adempimento degli obblighi contributivi non può essere collocata sullo stesso piano dell'osservanza delle norme prevenzionali: qui "si tratta di misure la cui attuazione non può essere dilazionata nel tempo pena l'incolumità stessa del lavoratore"[1114]. La considerazione è, a prima vista, condivisibile, ma va tenuto conto che il lavoro sommerso è intrinsecamente connesso alla piena violazione del sistema di tutela dell'igiene e sicurezza del lavoro ed è difficile pretendere, specie sotto il profilo pratico, un immediato ripristino della legalità da parte del datore che intende emergere. Quindi, la previsione di una graduale regolarizzazione in tale ambito, ha un importante significato: il legislatore prende coscienza della realtà del problema e tenta di instaurare un clima di fiducia con l'area del lavoro sommerso in modo da farlo rientrare al più presto nella legalità. Tutto ciò comunque richiede necessariamente che il datore di lavoro, coinvolto dalla procedura di regolarizzazione, non sia lasciato solo, bensì venga aiutato (fin dai momenti immediatamente successivi alla presentazione dell'istanza di regolarizzazione) a pervenire all'integrale rispetto degli obblighi di sicurezza, tramite un'incisiva e continua attività di assistenza e informazione delle strutture pubbliche competenti[1115].

Il comma 1199, dice che "le agevolazioni contributive di cui al comma 1196 sono temporaneamente sospese nella misura del 50 per cento e definitivamente concesse al termine di ogni anno di lavoro prestato regolarmente da parte dei lavoratori di cui al comma 1194". In questo modo il legislatore crea un meccanismo tale da subordinare l'accesso ai benefici contributivi ad un minimo di durata dei rapporti di lavoro regolarizzati. Infatti, tale previsione è intimamente collegata a quella seguente del comma 1200 secondo cui "la concessione delle agevolazioni di cui al comma 1196 resta condizionata al mantenimento in servizio del lavoratore per un periodo non inferiore a ventiquattro mesi dalla regolarizzazione del rapporto di lavoro, salve le ipotesi di dimissioni e di licenziamento per giusta causa". È evidente che il mantenimento in servizio del lavoratore, per il periodo stabilito dalla disposizione, incide solo sull'accesso alle agevolazioni contributive di cui al comma 1196. E ben può il datore di lavoro licenziare il lavoratore per giustificato motivo oggettivo e soggettivo, ma ciò gli precluderebbe di godere delle suddette agevolazioni. V'è qualche perplessità sul modo in cui è congegnata questa condizione di accesso al beneficio in questione. In effetti, tale beneficio opera anche a favore del lavoratore, che potrebbe subire un danno, qualora venga licenziato senza alcuna sua colpa, come nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Al riguardo sarebbe opportuno un intervento normativo in senso correttivo. Inoltre, è forse superfluo accennare a quanto le dimissioni del lavoratore possano essere indotte dalle pressioni del datore: qui si sarebbe dovuto utilizzare il meccanismo (presente, ad esempio, nell'art. 1 della

[1114] Cfr. M.Lai, *Flessibilità*, cit., 458.

[1115] Così, M.Lai, *Flessibilità*, cit., 458.

legge 9 gennaio 1963, n. 7) che subordina l'efficacia delle dimissioni alla loro conferma davanti gli organi amministrativi competenti in materia di vigilanza.

Infine, il comma 1200 disciplina le competenze sull'istanza di regolarizzazione. Secondo la disposizione, "ferma restando l'attività di natura istruttoria di spettanza dell'INPS, il direttore della direzione provinciale del lavoro, congiuntamente ai direttori provinciali dell'INPS, dell'INAIL e degli altri enti previdenziali, nell'ambito del coordinamento di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, adottano i provvedimenti di accoglimento dell'istanze di cui al comma 1192, previa, ove necessario, richiesta di integrazione della documentazione prodotta". Come bene è stato messo in evidenza, il provvedimento di accoglimento "non potrà che basarsi sulle risultanze dell'attività istruttoria e sugli accertamenti positivi degli ispettori dell'Asl o della direzione provinciale del lavoro (sulle materie di loro competenza), correlati all'adeguamento, se necessario, organizzativo e strutturale alla legislazione vigente in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro"[1116]. È importante sottolineare che l'efficacia della risposta degli organi amministrativi ai nuovi compiti fissati dal legislatore dipende molto dallo loro capacità e volontà di rendere effettiva l'attività di coordinamento di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 124/2004 e richiamata dal comma 1200.

5. La promozione dell'applicazione della contrattazione collettiva. Il documento unico di regolarità contributiva.

Le disposizioni finora commentate nulla dicono quanto ai trattamenti normativi ed economici spettanti ai lavoratori coinvolti nella procedura di emersione. Invece, l'aspetto era esplicitamente trattato dalla disciplina dei contratti collettivi di riallineamento e dalla legge n. 383/2001. Entrambe, anche se con modalità differenti, subordinavano l'accesso ai benefici da esse programmati all'applicazione degli istituti (la prima solo di quelli economici, la seconda anche di quelli normativi) previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro di riferimento sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Ovviamente nulla impedisce che l'accordo collettivo di cui al comma 1193, quale fonte di "disciplina della regolarizzazione dei rapporti di lavoro", ponga tale applicazione quale condizione necessaria per l'adesione del datore al medesimo accordo e, di conseguenza alla procedura di emersione.

Tuttavia, nella legge Finanziaria per il 2007 è rintracciabile una disposizione che sembra risolvere in radice il problema. Infatti, il comma 1175 della legge n. 296/2006 stabilisce che "a decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva, fermi restando gli altri obblighi di legge ed il rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". In questo modo l'accesso a qualunque beneficio contributivo – tra cui rientrano quelli contenuti nella nuova disciplina per l'emersione del lavoro sommerso – è chiaramente condizionato all'osservanza dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

La formula legislativa è talmente ampia da fare ritenere che l'applicazione dei contratti collettivi ivi menzionati, per ritenere integrata la condizione legale, debba essere integrale, senza alcuna

[1116] E. Massi, *Emersione*, cit., 331.

possibilità di distinguere tra le varie parti in cui si articola il contratto collettivo di riferimento. Con tale intervento legislativo dovrebbero essere risolti gli annosi problemi relativi alla discussione di quale fosse la parte del contratto collettivo la cui osservanza effettivamente condizionasse l'accesso ai benefici legali; problemi sorti in passato in relazione alle agevolazioni per il settore artigiano e riproposti con l'art. 10 della legge 14 febbraio 2003, n. 30 il quale è stato fatto oggetto di non condivisibili interpretazioni limitative[1117].

Orbene, la finalità del comma 1175 della Finanziaria per il 2007 è evidente. Si intende evitare l'accesso ai benefici legislativi da parte di datori di lavoro che non osservano le regole (a tutela dei lavoratori) coniate dai soggetti collettivi che hanno maggiore radicamento tra le comunità dei rappresentati. Beninteso, tali regole, sul piano dell'effettività dei valori sociali, svolgono una funzione virtuosa, perché impediscono la concorrenza al ribasso tra i datori e i medesimi prestatori di lavoro e fissano un argine agli *animal spirits* del mercato (imponendo il rispetto di valori ad essi antagonisti) per i quali la persona che lavora, in fin dei conti, sarebbe una merce come tante altre e come tale andrebbe trattata. Insomma, con la suddetta disposizione il legislatore sostiene la contrattazione collettiva nello svolgere la sua funzione storica di governo del mercato del lavoro e di limitazione e di regolazione della concorrenza tra le imprese e gli stessi lavoratori.

Peraltro, il comma 1175 della legge n. 296/2006 impone alle imprese di tutti i settori economici il possesso del documento unico di regolarità contributiva quale condizione di accesso ai benefici normativi e contributivi oggi vigenti. Già l'art. 2 della legge 22 novembre 2002, n. 266 (di conversione del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210), al comma 1, aveva previsto che "le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento"; e al comma 1-*bis* che "la certificazione di cui al comma 1 deve essere presentata anche dalle imprese che gestiscono servizi e attività in convenzione o concessione con l'ente pubblico, pena la decadenza della convenzione o la revoca della concessione stessa". Poi, l'art. 86, comma 10, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (che ha modificato l'art. 3, comma 8, del d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494), ha esteso l'obbligo del possesso del documento anche alle imprese appaltatrici di lavori edili o di ingegneria civile; e inserendo l'apposita misura sanzionatoria secondo cui "in assenza della regolarità contributiva, anche di caso di variazione dell'impresa esecutrice del lavoro, è sospesa l'efficacia del titolo abilitativo". Le parti sociali e gli enti pubblici interessati hanno, dal canto loro, messo in moto tutti gli adempimenti necessari per favorire il rilascio del suddetto documento. L'art. 36-*bis*, comma 8, della legge 4 agosto 2006, n. 248 (di conversione del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223), ha stabilito che alcune specifiche agevolazioni relative al settore edile trovano "applicazione esclusivamente nei confronti dei datori di lavoro… in possesso dei requisiti per il rilascio della certificazione di regolarità contributiva anche da parte delle Casse edili". Così, da ultimo è stato coniato il comma 1175 della legge n. 296/2006 che ha ulteriormente allargato gli effetti prodotti dal possesso del documento unico di regolarità contributiva. A tal punto che si è reso necessario un intervento regolamentare per rendere attuabile la suddetta disposizione. Così, il comma 1176 della stessa legge n. 296/2007 dice che "con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico

[1117] Cfr. D. Garofalo, *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzione agli Enti Bilaterali artigiani*, in *Lav. giur.*, 2004, 12 ss.

di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo"; e aggiunge che "in attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura".

Così è evidente che, in attesa del menzionato decreto ministeriale, restano sospese solo le nuove funzioni attribuite al possesso del documento unico di regolarità contributiva; mentre restano provvisoriamente operative quelle già contemplate dalle altre disposizioni legali qui menzionate. Inoltre, già a partire dal 1° luglio 2007, il comma 1175 dispiegherà completamente i suoi effetti – senza bisogno della mediazione dell'atto regolamentare citato - nell'ancorare l'accesso ai benefici ivi contemplati al rispetto dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

6. Gli indici di congruità.

La ricerca di nuovi strumenti per rendere effettivo l'adempimento degli obblighi previdenziali trova altresì riscontro nell'avvio della sperimentazione dei cosiddetti indici di congruità; importando nell'area previdenziale un meccanismo già usato a fini fiscali. Alla stregua del comma 1173 della legge Finanziaria per il 2007 "al fine di promuovere la regolarità contributiva quale requisito per la concessione dei benefici e degli incentivi previsti dall'ordinamento, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale procede, in via sperimentale, con uno o più decreti, all'individuazione degli indici di congruità di cui al comma 1174 e delle relative procedure applicative, articolati per settore, per categorie di imprese e per territorio, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze nonché i Ministri di settore interessati e le organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori". Il successivo comma 1174, al primo periodo, afferma che "il decreto di cui al comma 1173 individua i settori nei quali risultano maggiormente elevati i livelli di violazione delle norme in materia di incentivi ed agevolazioni contributive ed in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori". La stessa disposizione, al secondo periodo, aggiunge che "per tali settori sono definiti gli indici di congruità del rapporto tra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità delle ore di lavoro necessarie nonché lo scostamento percentuale dall'indice da considerare tollerabile, tenuto conto delle specifiche caratteristiche produttive e tecniche nonché dei volumi di affari e dei redditi presunti".

Come si vede, si tratta ancora di un istituto allo stato progettuale che abbisogna di appositi interventi normativi per renderlo operativo. Il campo di applicazioni degli indici di congruità è però alquanto ampio. Infatti, nel documento di CGIL-CISL-UIL del 19 luglio 2006 – che ha lanciato la campagna unitaria contro il lavoro nero e dove una delle richieste è appunto l'istituzione degli indici di congruità – si legge che "il rispetto di tali indici dovrebbe essere la principale condizione per: orientare gli interventi ispettivi delle diverse istituzioni; accedere a gare di appalto, concessioni, eccetera; definire la genuinità dell'appalto stesso (e la relativa revoca); godere di qualsiasi beneficio economico e normativo".

Inoltre, alcune indicazioni su come potranno in concreto funzionare gli indici di congruità provengono dalla recente legge regionale 26 ottobre 2006, n. 28, della Regione Puglia, intitolata "disciplina in materia di contrasto al lavoro non regolare". L'art. 2, comma 3, di siffatta legge prevede che "entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, la Regione Puglia

procede all'individuazione, di concerto con le organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative sul piano regionale rispettivamente nei settori di cui all'articolo 2, commi 2 e 4, lettere a), b), c) e d), della legge 30 dicembre 1986, n. 936 (norme sul Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro), di indici di congruità, articolati per settore e per le categorie di imprese di cui all'articolo 2 del decreto del Ministro delle attività produttive 18 aprile 2005 (Adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese)". L'enunciato, al secondo periodo, precisa che "gli indici di congruità definiscono il rapporto tra la quantità e la qualità dei beni e dei servizi offerti dai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, e la quantità delle ore lavorate, nonché la deviazione percentuale dall'indice individuato che sia da considerare normale"; e conclude stabilendo che "le Università pugliesi e gli organi ispettivi operanti sul territorio regionale saranno invitati a partecipare, con finalità di supporto tecnico e scientifico, alla definizione degli indici di congruità stessi".

L'art. 1, comma 8, della legge pugliese fissa esattamente il campo di applicazione degli indici di congruità. Sicché, in base al primo periodo di tale disposizione, "la dimostrazione del rispetto degli indici di congruità di cui all'articolo 2, comma 3, è condizione per l'accesso a qualunque beneficio economico e normativo, per la partecipazione a bandi e/o gare d'appalto, per il godimento di erogazioni da parte della Regione Puglia, a qualunque titolo, anche in forma indiretta, di fondi comunitari, nazionali e regionali.". Mentre il secondo periodo del comma 8 dell'art. 1 della legge pugliese inserisce una sorta di franchigia temporale, poiché afferma che "quanto previsto dal presente comma si applica ai datori di lavoro a partire dal terzo anno di attività, a condizione che non vi sia una sostanziale coincidenza degli assetti proprietari, o dei legali rappresentanti, con un'impresa già esistente, o una situazione di controllo da parte di un'impresa già esistente".

I commi 4, 5 e 6 dell'art. 2 della stessa legge regolamentano il procedimento per l'accertamento del rispetto degli indici di congruità e le relative conseguenze. Per il comma 4, "ai fini dell'applicazione delle previsioni di cui al comma 3, i datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, sono obbligati, all'atto della domanda di attribuzione di benefici o della partecipazione a gare di appalto o della richiesta di erogazione di fondi e sino all'avvenuta conclusione del rapporto o all'avvenuta rendicontazione delle somme erogate, a fornire annualmente copia della dichiarazione annuale IVA e dei libri paga contenenti le indicazioni di cui all'articolo 20, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali)". Il comma 5 dice che "la difformità dagli indici di congruità di cui al comma 3, intesa come deviazione superiore ai limiti definiti nello stesso comma 3, viene segnalata al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, a opera della Regione Puglia – Assessorato al lavoro – entro e non oltre sei mesi dalla data di ricezione dei dati indicati al comma 4". Estremamente significativo è quanto contenuto nel comma 6 dell'art. 2. In forza del primo periodo della disposizione, "il datore di lavoro che sia stato destinatario della segnalazione di cui al comma 5, può, nel termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricezione della segnalazione stessa, fornire documentazione idonea, illustrando le ragioni di fatto e di diritto per le quali la difformità dagli indici di congruità sia da ritenere inesistente o giustificabile". Il secondo periodo aggiunge che "l'Amministrazione regionale – Assessorato al lavoro – decide nel termine perentorio di sessanta giorni, decorsi i quali le giustificazioni del datore di lavoro s'intendono accolte". E per il terzo periodo "nel caso di mancato accoglimento delle giustificazioni, l'Amministrazione provvede, secondo il principio di proporzionalità,

alla riduzione o alla revoca e all'eventuale recupero, parziale o totale, delle agevolazioni e delle erogazioni concesse".

Il quarto periodo conclude nel dire che "non si produce alcun altro effetto, e in particolare non si producono effetti sui rapporti di lavoro o con gli enti previdenziali". Ma è evidente che nulla impedisce agli enti previdenziali di utilizzare tali indici ai propri fini, come per esempio per selezionare i settori cui concentrare gli interventi ispettivi. E in effetti un obiettivo esplicito della legge regionale è anche quello di rafforzare l'attività di controllo, soprattutto sui datori di lavoro beneficiari delle agevolazioni regionali. E, come si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge regionale originario, "la definizione e l'applicazione di tali indici intende ausiliare le politiche di controllo". Tale attenzione al profilo della vigilanza è resa evidente dall'art. 3 della legge pugliese, secondo cui "la Regione Puglia destina le risorse di cui all'articolo 6, nel limite massimo del dieci per cento, al rafforzamento dell'attività ispettiva sul territorio regionale, in conformità ai programmi condivisi dalla Commissione regionale per l'emersione del lavoro non regolare"; e "a tal fine, sono sottoscritti appositi protocolli d'intesa con il Ministero del lavoro, con lo scopo di garantire il controllo dei datori di lavoro beneficiari degli interventi di cui all'articolo 1" (che appunto concerne la concessione di benefici economici da parte della Regione).

Come si può notare, gli indici di congruità non dovrebbero operare come una sorta di letto di Procuste dell'affidabilità sociale del datore di lavoro, ma come semplice strumento presuntivo che può fare scattare l'allarme sulla mancanza dei presupposti indispensabili per lo svolgimento dell'attività considerata e quindi il sospetto che il datore non sia nemmeno socialmente responsabile. Resta però sempre possibile la prova che la difformità rispetto all'indice di congruità non sia sintomo di una mancanza di capacità imprenditoriale, bensì al contrario di una meritoria ottimizzazione dei fattori produttivi. La natura inevitabilmente sperimentale del nuovo strumento è resa palese dal comma 7 dell'art. 2 della legge pugliese, secondo cui "gli indici di congruità di cui al comma 3 sono oggetto di revisione nel caso di concorde richiesta alla Regione Puglia dalle parti indicate al medesimo comma o, in via ordinaria, ogni tre anni".

7. I piani territoriali di emersione.

La legge Finanziaria per il 2007 si dimostra peraltro sensibile anche all'esigenza della calibratura territoriale delle politiche di contrasto del lavoro sommerso nonché a quella del mantenimento della possibilità di un coordinamento nazionale tra le varie pratiche, in modo tale da creare anche la precondizione per una diffusione delle esperienze migliori. Così, il comma 1156, alla lettera a), stabilisce che "entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con proprio decreto, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e le organizzazioni nazionali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro, adotta un programma speciale di interventi e costituisce una cabina di regia nazionale di coordinamento che concorre allo sviluppo di piani territoriali di emersione e di promozione di occupazione regolare nonché alla valorizzazione dei comitati per l'emersione del sommerso (CLES)". E il secondo periodo dello stesso comma 1156 aggiunge che "entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, è istituito con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, un apposito Fondo per l'emersione del lavoro irregolare (FELI), destinato al finanziamento, d'intesa con le regioni e gli enti locali interessati, di servizi di supporto allo sviluppo delle imprese che attivino i processi di emersione di cui ai commi da 1192 a 1201".

Il terzo periodo della disposizione fissa l'ammontare del finanziamento per tali finalità "per ciascuno degli anni 2007 e 2008, nei limiti di 10 milioni di euro annui".

È così evidente il ruolo fondamentale della concertazione a livello locale, laddove le singole misure vanno costruite a misura delle specificità territoriali. Il che è implicito nell'ampia formula utilizzata dal legislatore che parla di "servizi di supporto allo sviluppo delle imprese che attivino i processi di emersione".

Peraltro, un esempio di quanto già possono autonomamente fare le singole Regioni per sostenere l'emersione proviene dall'art. 5, comma 1, della citata legge pugliese in base al quale "la Regione Puglia, nel limite delle risorse di cui all'articolo 6, promuove ulteriori misure di sostegno all'emersione del lavoro non regolare". E come precisa il secondo periodo dell'enunciato "in particolare, in conformità ai programmi condivisi dalla Commissione regionale per l'emersione del lavoro non regolare, possono essere erogati, nel rispetto della normativa comunitaria in tema di regimi di aiuto e *de minimis*, incentivazioni finalizzate alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro subordinato". Il terzo periodo aggiunge che "per l'individuazione delle misure di cui al presente comma, la Regione Puglia, in coordinamento con la Commissione regionale per l'emersione del lavoro non regolare, promuove la definizione settoriale di misure di sostegno all'uscita dalle situazioni di irregolarità, di concerto con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale nei rispettivi settori di attività economica". Per il quarto periodo, la Regione "promuove altresì, in coordinamento con le commissioni provinciali per l'emersione del lavoro non regolare, piani territoriali per l'emersione del lavoro non regolare, di concerto con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale e gli enti locali delle comunità interessate, in relazione alle situazioni territoriali di particolare criticità che siano individuate di comune accordo". E il quinto periodo conclude che ""in tale ambito si terrà prioritariamente conto, fra l'altro, dei costi per assicurare la residenzialità e il trasporto dei lavoratori immigrati e no".

Per evitare che tali misure premiali siano riconosciute a soggetti che non perseguono obiettivi di sviluppo economico (che invece è la finalità cardine della legge regionale) il comma 3 dell'art. 5 fissa una condizione di accesso secondo cui "le incentivazioni possono essere riconosciute alle imprese che, indipendentemente dal godimento delle agevolazioni, dei benefici e delle erogazioni di cui all'articolo 1, dimostrino che il rapporto tra la quantità e qualità dei beni o servizi offerti e la quantità delle ore lavorate sia divenuto congruo ai sensi dell'indice di cui all'articolo 2, comma 3, e abbiano migliorato di almeno il 25 per cento il rapporto registrato nell'anno precedente". Come si vede, l'uso degli indici di congruità è qui caratterizzato come condizione stabile di accesso alle premialità previste. E infine, il comma 4 dello stesso articolo prevede che "le incentivazioni di cui ai commi 1 e 2 possono essere riconosciute in presenza di regolarizzazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nonché, in relazione alle imprese che svolgono attività esclusivamente i periodi predeterminati nel corso dell'anno, anche di rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato, instaurati in relazione a esigenze temporanee di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Si tratta qui di un'ulteriore condizione volta a favorire la regolarizzazione nel tipo standard a tempo indeterminato, ma ammettendo la possibilità del ricorso al contratto a tempo determinato quando ciò sia giustificato dalle caratteristiche dell'organizzazione del lavoro.

Solo il tempo sarà in grado di dire se tutti gli interventi normativi qui esaminati avranno prodotto l'effetto auspicato. Ciò che conta è che si acquisisca la consapevolezza che solo una strategia applicativa condivisa e partecipata potrà innervare il quadro giuridico formale di contenuti sostanziali e garantire l'effettività delle astratte formulazioni legali.

Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*

Matteo Maria Mutarelli

1. Premessa 384

2. Sull'opportunità di una indagine che valorizzi il carattere normativo del modello sociale dell'Unione europea. 385

3. L'adesione dell'Ue alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 389

4. L'incorporazione e la rinnovata posizione dei diritti fondamentali. 392

5. L'ambito di applicazione della Carta di Nizza dopo la transizione costituzionale. 395

6. L'impatto dei nuovi diritti sociali fondamentali nella definizione del modello sociale europeo. 401

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 54/2007

1. Premessa

La Dichiarazione in occasione del cinquantesimo anniversario della firma dei Trattati di Roma[1118], esplicitando l'obiettivo di dare all'Unione europea una base comune rinnovata entro le elezioni del Parlamento europeo del 2009, rappresenta la chiusura, sostanziale se non formale, del periodo di riflessione avviato a seguito dell'esito negativo delle consultazioni referendarie svoltesi nel 2005 in Francia e in Olanda per la ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il rilancio del tema della riforma istituzionale dell'Unione europea, pur nelle incertezze che allo stato – in attesa di eventuali indicazioni provenienti dai prossimi Consigli europei – ne avvolgono il processo, riavvia una discussione bruscamente interrotta e consente di ritornare ad esaminare il Trattato costituzionale attraverso un'indagine più vicina all'amniocentesi che all'analisi autoptica[1119].

In tale prospettiva sembra rinnovarsi anche la centralità del dibattito sulla dimensione sociale dell'Ue prefigurata dal Trattato costituzionale, da un lato per il rilievo che essa ha assunto nel percorso conclusosi con le bocciature referendarie[1120], da un altro per la sempre più diffusa consapevolezza che l'ambizione di erigere un compiuto ordinamento europeo da affiancare a quelli degli Stati nazionali non può prescindere dalla definizione di un più avanzato modello sociale continentale[1121], da un altro ancora per le sollecitazioni – quanto meno in chiave "omissiva" – poste dal recente *Libro verde* sulla modernizzazione del diritto del lavoro[1122].

[1118] Firmata a Berlino dai Capi di Stato e di Governo il 25 marzo 2007.

[1119] Di ormai inutile «autopsia della Costituzione» aveva parlato B. Trentin, *Contributo*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006, 151 ss., mettendo in guardia dall'«illusione che la Costituzione come tale possa un giorno, sia pure in forme modificate, risorgere in un periodo breve». Sull'importanza di proseguire lo studio del nuovo Trattato, nonostante le bocciature referendarie, aveva invece insistito J. Ziller, *La ratification des Traités européens aprés des référendums négatifs: que nous disent les précédents danois et irlandais?*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 359 ss., 375: «Si le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004 ne devait finalement pas être ratifié, il est vraisemblable qu'une partie de son contenu soit reprise plus ou moins rapidement sous une autre forme: un ou plusieurs traités amendant les traités actuels. Dans une telle perspective, il sera essentiel de connaître et comprendre la portée des textes tels qu'ils figurent dans le traité, ses protocoles et annexes, ne fût-ce qu'à fin de proposer des améliorations à leur formulation».

[1120] V., ad es., J.M. Dehousse, O. Lafontaine, P. Larrouturou, C. Salvi, *Renégocier le traité, sinon l'Europe va dans le mur*, in *Le Monde*, 14 maggio 2005. Che il «no» al Trattato costituzionale sia stato indotto (anche) dalle preoccupazioni di ordine sociale dei cittadini francesi ed olandesi è valutazione diffusa: cfr., in tal senso, il commento editoriale *What now?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2005, 905 ss.; per un attendibile riscontro demoscopico v. il rapporto, commissionato dalla Commissione europea e svolto da Eurobarometer, *Quelle Europe? La construction européenne vue par les Français*, Bruxelles, 2006, spec. 17-18 e 20-22.

[1121] Cfr. G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in Id (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, 2003, Roma-Bari, XI-XII, secondo cui il progetto europeo, non essendo l'Europa un ideale in sé e per sé, potrà acquisire valore nella misura in cui riesca ad affermare un *modus vivendi* europeo differenziato dalle forze omologanti della globalizzazione, nonché J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, il quale, con riferimento alle prospettive di una "costituzionalizzazione" sovranazionale delle tradizioni di solidarietà sociale, osserva che «è proprio questo tipo di impegno che può dare alla Costituzione europea propulsione politica rendendola fonte di identità e identificazione» (625). Nello stesso senso F. Bano, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2005, I, 821 ss., il quale, partendo dal presupposto che la necessaria costruzione di una identità europea *differenziata* attribuisce alla Costituzione europea il compito di andare oltre la ridefinizione tecnica ed efficientistica dell'integrazione comunitaria, chiarisce bene come «la componente sociale [sia] un connotato fondamentale di tale differenziazione» (823).

[1122] Commissione delle Comunità Europee, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def., del 22 novembre 2006, su cui v. il documento elaborato e sottoscritto da un nutrito gruppo di studiosi italiani, *I giuslavoristi e il Libro Verde*, in www.lex.unict.it/eurolabor/news/doc_libroverde.pdf.

2. Sull'opportunità di una indagine che valorizzi il carattere normativo del modello sociale dell'Unione europea.

Ai fini di una valutazione della dimensione sociale dell'Unione europea disegnata dal Trattato costituzionale, l'analisi non può che prendere le mosse dai valori e dagli obiettivi che vengono posti a fondamento dell'ordinamento comunitario.

Ai valori è dedicato l'art. I-2 Tc, il quale – accanto a libertà, democrazia, Stato di diritto e rispetto dei diritti umani (già menzionati tra i principi dell'Unione dall'art. 6.1 TUE) – pone dignità umana e uguaglianza. Il secondo alinea dello stesso art. I-2 Tc, contiene, poi, un innovativo riferimento alla solidarietà ed alla parità tra uomini e donne, nell'ambito del diverso elenco che enumera le caratteristiche della società europea[1123]. Non può disconoscersi l'importanza delle novità introdotte, che specificano ed arricchiscono i principi ordinatori fondamentali dell'Ue. Va tenuto presente, infatti, che i valori dell'Unione non costituiscono delle mere aspirazioni, ma fissano le condizioni essenziali per l'adesione e per la permanenza degli Stati membri[1124]: la violazione di questi valori può dare l'avvio al procedimento sanzionatorio previsto dall'art. I-59 Tc[1125], con conseguente sospensione di alcuni significativi diritti derivanti dal Trattato[1126]. Dignità umana, uguaglianza e solidarietà[1127] rappresentano, dunque, le nuove coordinate che, accanto a libertà e democrazia, devono essere garantite, sempre e comunque, entro i confini geografici dell'Unione. La perentorietà di una tale affermazione, tuttavia, è destinata a declinare verso il condizionale: se in tal senso grava sugli Stati membri un obbligo generale (non circoscritto cioè all'attuazione del diritto comunitario: il campo di applicazione dell'art. I-2 Tc, infatti, prescinde dai limiti di efficacia imposti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[1128] incorporata nella Parte II del

---

1123 Hanno così trovato attuazione i suggerimenti emersi in sede di lavori preparatori (gli atti dei diversi gruppi di lavoro sono tuttora reperibili al sito www.european-convention.eu), sia pure in forma differenziata (la «sottile distinzione» tra le due diverse elencazioni è evidenziata da S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Quad. cost.*, 2004, n. 2, 281 ss., nonché in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. 24/2003 – da cui sono tratte, qui come altrove, le citazioni –, 11) e parziale (il Gruppo XI (Europa sociale), infatti, aveva raccomandato l'inserimento tra i valori fondativi anche della giustizia sociale: cfr. la Relazione finale, parr. 6-11).

1124 L'art. I-58.1 Tc, infatti, stabilisce: «L'Unione è aperta a tutti gli Stati europei che rispettano i valori di cui all'art. I-2 e si impegnano a promuoverli congiuntamente».

1125 Tale procedimento corrisponde a quello introdotto nell'art. 7 TUE dal Trattato di Amsterdam, che, com'è noto, è stato attivato per la prima (ed unica) volta nel c.d. caso Haider nei confronti dell'Austria. Su quella vicenda, v. L.S. Rossi, *La reazione comune degli Stati membri dell'Unione europea nel caso Haider*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 1 ss. Sulle modalità e le sanzioni del procedimento, anche alla luce delle modifiche apportate al TUE dal Trattato di Nizza, v. B. Nascimbene, *Le sanzioni* ex *art. 7 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, in *Quad. Dir. Un. eur.*, 2003, n. 2, 30 ss., pubblicato anche in *Dir. Un. eur.*, 2002, n. 1.

1126 Compreso, si noti bene, il diritto di voto nel Consiglio da parte del rappresentante del governo dello Stato membro interessato.

1127 Quest'ultima, beninteso, ove non si interpreti la distinzione tra i valori compresi nel primo e nel secondo alinea dell'art. I-2 Tc nel senso per cui solo la violazione dei primi, in quanto valori su cui «si fonda» l'Ue, dovrebbe considerarsi idonea a determinare la responsabilità dello Stato membro ai sensi dell'art. I-59 Tc.

1128 Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dai rappresentanti del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione. La bibliografia sulla Carta di Nizza è sconfinata. Con specifico riferimento alle problematiche relative ai diritti sociali, per la dottrina giuslavoristica v. E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 111 ss.; G. Arrigo, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Prime osservazioni*, ivi, 191 ss.; M.V. Ballestrero, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti nazionali*, Milano, 2001, 89 ss.; R. Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, n. 3, 335 ss.; S. Giubboni, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, 325 ss.; G. Orlandini, *Il diritto di sciopero nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir.*

Trattato[1129]), appare arduo prefigurare situazioni nazionali talmente gravi e persistenti da determinare la legittimità, ovvero il consenso politico necessario, per una applicazione concreta del meccanismo sanzionatorio in materia sociale.

Analogamente può osservarsi in relazione agli obiettivi generali dell'Unione, enumerati dall'art. I-3 Tc. La norma, se posta in raffronto con gli obiettivi individuati dai vigenti art. 2 TCE e art. 2 TUE, rappresenta indubbiamente un allargamento degli orizzonti sociali dell'Ue: al par. 3, infatti, trovano inedito spazio i riferimenti all'«economia sociale di mercato»[1130], alla «piena occupazione» ed al «progresso sociale» (primo alinea), alla «giustizia sociale» ed alla «solidarietà tra le generazioni» (secondo alinea). Tuttavia, è assai problematico definire quanto queste innovazioni possano rivelarsi effettive sul piano del riequilibrio tra dimensione sociale e dimensione economica dell'Unione europea. Gli obiettivi sociali, nei termini in cui sono formulati, conservano un contenuto decisamente incerto[1131], specialmente a fronte del ben diverso grado di precettività di altre formulazioni: basti pensare al fatto che il mercato interno rimane retto da una concorrenza libera e non falsata (art. I-3.2 Tc), e che la stabilità dei prezzi viene platealmente "costituzionalizzata" (art. I-3.3 Tc), conformemente «al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» eretto a suprema linea guida per le politiche economiche e monetarie dell'Unione[1132].

Dalla riformulazione dei valori e degli obiettivi comunitari, dunque, non sembra possa trarsi l'immediata evidenza di una automatica ridefinizione del rapporto tra dimensione economica e dimensione sociale. Ne deriva la necessità di misurare valori ed obiettivi sociali del Trattato nel contesto complessivo delle novità introdotte: «la volontà di misurare la politica economica sugli effetti che essa produce sia sul *welfare* che sul mondo del lavoro»[1133], ovvero «l'intento di porre un più stretto legame tra Europa economica e sociale, contrapponendo ai principi del mercato e della concorrenza delle linee-guida tese alla definizione di politiche per il riequilibrio socio-economico»[1134], non possono desumersi che dall'esame delle complessive innovazioni in materia sociale, prendendo in considerazione le effettive competenze sociali e gli strumenti a disposizione dell'Ue.

Il Titolo III della Parte I, relativo alle *Competenze dell'Unione*, dopo aver stabilito alcuni principi generali in ordine all'esercizio ed alle categorie delle competenze (artt. I-11 e I-12 Tc), individua tra i settori di competenza concorrente tra Unione e Stati membri la «politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nella parte III» (art. I-14.2, lett. *b*)). Ponendo attenzione a tale parte, deve rilevarsi come le basi giuridiche di intervento dell'Unione, ovvero lo spazio affidato alla

---

lav. rel. ind., 2001, 649 ss.; M. Roccella, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, 329 ss.; S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 391 ss.

[1129] Sugli effetti di tale incorporazione v. *infra*.

[1130] Sebbene immediatamente aggettivata come «fortemente competitiva».

[1131] Per un approfondimento critico di questi aspetti, v. G. Maestro Buelga, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 89 ss., spec. 118-119.

[1132] Come si preoccupa di ribadire per ben due volte, ed anche con riferimento agli obiettivi di cui all'art. I-3 Tc, l'art. III-177 Tc con il quale si apre il Capo II (Politica economica e monetaria) della Parte III.

[1133] B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006, 9 ss., 30.

[1134] I. Viarengo, *Costituzione europea e politica sociale comunitaria*, in *Guida lav.*, 2005, n. 17, 28 ss., 32.

competenza legislativa comunitaria in materia di politiche sociali, rimangano praticamente invariate. Per convincersene è sufficiente scorrere le disposizioni del Trattato costituzionale parallelamente a quelle corrispondenti dei trattati vigenti[1135]. La delusione per un tale risultato è inevitabile ove si consideri che l'art. III-210 Tc, il quale ribadisce tutte le esclusioni attualmente contemplate dall'art. 137 TCE[1136], finisce per porsi in aperto contrasto con la Parte II del Tc (costituita dalla Carta approvata a Nizza), dato che le esclusioni riguardano profili di rilievo centrale nell'ambito dei diritti sociali fondamentali in quella sede enunciati; al riguardo si è condivisibilmente osservato come tale contraddizione venga «definitivamente sancita e costituzionalizzata come specifico tratto "identitario" del diritto del lavoro dell'Unione europea»[1137]. Anche il ricorso al voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio resta assoggettato ai limiti previgenti, secondo quanto stabilito dal par. 3 dell'art. III-210 Tc, il quale d'altro canto ribadisce la possibilità di ricorrere alla passerella interna con le stesse modalità e negli stessi settori già individuati dall'attuale art. 137 TCE[1138]. Assai modesti, peraltro, appaiono i meriti della previsione, che ha comunque evitato gli arretramenti che sarebbero derivati dalla necessità di dover ricorrere anche in ambito sociale alle procedure di revisione costituzionale previste dalla parte IV del Trattato per rendere operative le passerelle[1139]. Una considerazione a parte merita la norma contenuta nell'art. III-122 Tc che, inserita tra i precetti di applicazione generale destinati ad essere integrati in tutte le politiche comunitarie e in tutti gli interventi strutturali (Titolo I della Parte III), ha riformulato la disposizione relativa ai servizi di interesse economico generale già contenuta nell'art. 16 TCE. La nuova formulazione, nel ribadire la necessità che questi servizi operino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i propri compiti, precisa che tali principi e condizioni (in particolare quelle economiche e finanziarie) vengano stabiliti dalla legge europea, introducendo così una nuova base giuridica (ovvero una nuova competenza comunitaria) idonea a sviluppare una vera legislazione europea dei servizi di interesse generale[1140]. Le potenzialità sociali di una tale innovazione, tuttavia, potrebbero restare imbrigliate dal fatto che il campo di applicazione

---

1135 Per tutti, v. sul punto B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro…*, op. cit., spec. 35-50, nonché S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali nella "nuova" Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, 557 ss.

1136 Che, com'è noto, non si applica alle retribuzioni, al diritto di associazione sindacale e al diritto di sciopero.

1137 Così S. Giubboni, *Lavoro e diritti* sociali…, op. cit., 565.

1138 La previsione, dunque, non ha determinato alcuna estensione diretta della regola della maggioranza qualificata né ha liberato il tema della sicurezza e protezione sociale dei lavoratori dall'esclusione della passerella interna (di cui all'art. III-210.1, lett. *c*)), "accanimento", quest'ultimo, che può solo spiegarsi con le preoccupazioni degli Stati membri circa la salvaguardia della propria autonomia impositiva. D'altro canto merita di essere segnalato come il Tc assoggetti la materia della sicurezza sociale alla procedura legislativa ordinaria (e quindi alla regola della maggioranza qualificata) quando essa viene in rilievo sotto il profilo del coordinamento dei regimi legali nazionali, come stabilito dall'art. III-136 Tc, inserito nella Sezione II (Libera circolazione delle persone e dei servizi) del Capo I (Mercato interno) di cui alla nuova Parte III. In questo caso l'intervento normativo sovranazionale è funzionale (piuttosto che ai diritti dei lavoratori) alla garanzia della libera circolazione del fattore lavoro nel mercato interno, da realizzarsi appunto tramite il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri: l'estensione della regola della maggioranza qualificata e della procedura legislativa ordinaria alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti, pertanto, va considerata un riflesso della disciplina sulla libertà di circolazione. Anche in questo (limitato) settore, peraltro, il par. 2 dell'art. III-136 Tc attribuisce ad ogni membro del Consiglio un potere di veto in grado di determinare la sospensione della procedura, nel caso in cui *sospetti* (!) che l'adozione dell'atto possa comportare una lesione di «aspetti fondamentali del suo sistema di sicurezza sociale, in particolare per quanto riguarda il campo di applicazione, i costi o la struttura finanziaria, oppure ne alteri l'equilibrio finanziario».

1139 Artt. IV-443, IV-444 e IV-445 Tc, su cui, per una sintetica ma efficace disamina, v. J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, II ed., 2004, Bologna, 54-58.

1140 Cfr. la Relazione finale del Gruppo XI, par. 32.

della norma è definito in modo da non poter interagire con la stringente disciplina comunitaria in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, come si preoccupa di chiarire l'*incipit* «fatti salvi gli artt. […] III-166, III-167» (corrispondenti agli artt. 86 e 87 TCE attualmente in vigore)[1141].

Anche le politiche occupazionali dell'Unione non risultano significativamente rafforzate. La Strategia Europea per l'Occupazione[1142] viene riproposta nel Trattato costituzionale agli artt. da III-203 a III-208 Tc senza alcuna innovazione sostanziale. In questo modo, anche per il futuro, la SEO sembra destinata a rimanere subalterna rispetto alle politiche ed ai risultati economici[1143], senza che *a contrario* possano essere invocate la nuova aspirazione comunitaria alla «piena occupazione» o la generale necessità di una coerenza tra tutte «le varie politiche e azioni» di cui all'intera Parte III[1144]. Peraltro, oltre che dall'art. III-117 Tc, che su un piano generale si limita a dichiarare l'impegno dell'Unione di tenere conto nell'attuazione delle proprie politiche ed azioni «delle esigenze connesse con la promozione di un livello di occupazione elevato»[1145], la «credibilità»[1146] degli impegni comunitari in materia di occupazione è ridimensionatata dall'art. I-15 Tc, il quale – dedicato con qualche ambiguità letterale al *Coordinamento delle politiche economiche ed occupazionali* – si limita a ribadire i poteri dell'Unione in materia, guardandosi bene dal porre su di un piano unico il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri con quello delle politiche per l'occupazione: la necessità di una coerenza interna tra le politiche intraprese dall'Ue in tali settori risulta brutalmente aggirata, come esplicitato dalla formulazione stessa della norma che dedica il par. 1 alle politiche economiche ed il par. 2 alle politiche occupazionali, senza preoccuparsi di determinare alcuna connessione tra le due previsioni[1147].

A fronte della stasi sia delle politiche sociali comunitarie che di quelle occupazionali, la definizione di un progetto sociale dell'Unione non pare davvero potersi rinvenire negli strumenti di implementazione (intrinsecamente neutrali) che ne caratterizzano le procedure ancillari: il dialogo sociale e il metodo aperto di coordinamento. Quanto al primo, nonostante il ruolo delle parti sociali possa risultare rafforzato da una attenta lettura delle pertinenti disposizioni del Trattato[1148], esso – strutturalmente, nel contesto normativo europeo[1149] – è inidoneo comunque a travalicare i limiti e le funzioni dei modelli di *governance*, orientati alla gestione ed alla costruzione del consenso (nell'ottica della sussidiarietà orizzontale) piuttosto che al rafforzamento e all'espansione

---

1141 Al riguardo, però, v. le diverse considerazioni di C. Vigneau, *La Costituzione europea nella prospettiva dell'Europa sociale: progressi dalla portata incerta*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, 123 ss., 134-135. Per una ampia trattazione delle problematiche relative ai servizi pubblici nel quadro evolutivo dell'Unione europea, v. C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.

1142 Per una sintetica disamina delle origini e dei caratteri di questa specifica politica comunitaria, sia consentito il rinvio a M.M. Mutarelli, *L'occupazione in Europa: politiche e procedure di una strategia evolutiva*, in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Milano, 2004, 393 ss.

1143 Come deriva dalla necessità, transitata nell'art. III-204 Tc, della coerenza con gli indirizzi di massima per le politiche economiche.

1144 Così testualmente (e genericamente) prevede l'articolo di apertura di tale parte (art. III-115 Tc).

1145 Degradando il riferimento alla *piena* occupazione contenuto nell'art. I-3 Tc.

1146 G. Ferrara, *Il fallimento del Trattato costituzionale europeo come occasione per rilegittimare un'Europa sociale*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea…*, op. cit., 93 ss., 105.

1147 Restano, pertanto, evase le ragioni di fondo della menzione paritetica (l'intitolazione dell'articolo è decisamente fuorviante) sottolineate dal Gruppo XI nei lavori preparatori (cfr. parr. 48-50 della Relazione finale).

1148 Per tutti, v. B. Veneziani, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* 2006, I, 471 ss.

1149 In proposito è obbligato il rinvio a A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999.

dei diritti attraverso le forme proprie del conflitto sociale[1150].

Quanto al MAC, poi, la sua mancata "costituzionalizzazione"[1151] recide alla base le controverse prospettive di una estensione di quel modello alla decisiva e delicata materia dei diritti sociali fondamentali[1152], non parendo sostenibile[1153] (e nemmeno auspicabile), al riguardo, soppiantare l'assenza di una disciplina organica con interpretazioni estensive degli artt. I-15 e I-48 Tc[1154].

Se competenze e strumenti d'intervento sociali dell'Unione europea si presentano con caratteristiche sostanzialmente immutate rispetto all'assetto comunitario (pre)esistente[1155], le aspettative di un più avanzato riconoscimento della cittadinanza sociale europea vanno riposte altrove, valorizzando[1156], del legame tra appartenenza individuale e ordinamento giuridico europeo, la dimensione normativa[1157], e indirizzando l'indagine verso quella parte della riforma operata dal Trattato costituzionale che rappresenta, in tal senso, «il pregio maggiore dell'intera operazione»[1158]: il riconoscimento dei diritti fondamentali (anche sociali) derivante dall'incorporazione della Carta di Nizza nella Parte II del Trattato costituzionale[1159].

3. L'adesione dell'Ue alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nell'esaminare la portata delle innovazioni apportate dal Trattato costituzionale in termini di

---

1150 In quest'ordine di idee, cfr. le osservazioni di B. Veneziani, op. ult. cit., spec. 478-483, il quale rileva come il Trattato costituzionale non solo non abbia definito un vero sistema di relazioni industriali idoneo a costituire uno strumento di integrazione sociale positiva (mancandone il necessario presupposto, ovvero il riconoscimento dei diritti sindacali transnazionali), ma come non abbia nemmeno incrementato la gamma delle possibili competenze delle parti sociali o rafforzato la natura strutturale del dialogo sociale.

1151 Nonostante la progressiva espansione a settori diversi da quello di originaria elezione (SEO) ne avesse connotato nel recente passato il crescente «trionfo» (così S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale…*, op. cit., 6), accompagnato dal benevolo sguardo della dottrina (cfr. i contributi raccolti in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il Metodo Aperto di Coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006) e dall'interessato incitamento delle istituzioni comunitarie e nazionali (in chiave critica, v., da ultimo, E. Ales, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. 51/2007), la formalizzazione istituzionale del MAC – di fatto già applicato in numerosi settori con alcune significative variazioni (per un esame d'insieme v. J. Kohl, T. Vahpahl, *The "Open Method of Coordination" as an Instrument for Implementing the Principle of Subsidiarity?*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. 62/2005) – non ha trovato spazio nel Trattato costituzionale: una mera «allusione» (J. Ziller, *La nuova Costituzione*, op. cit., 185) al metodo aperto di coordinamento è contenuta nell'art. I-15.3 Tc, che si limita a stabilire che «l'Unione può prendere iniziative per assicurare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri», mentre l'art. III-213 Tc, modificando l'art. 140 TCE, si è limitato ad integrarne le disposizioni prevedendo iniziative della Commissione nel solco del coordinamento aperto (cfr. I. Viarengo, *Costituzione europea…*, op. cit., 32-33).

1152 S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale…*, op. cit., 15-19. V., al riguardo, le osservazioni (non esenti da una condivisibile cautela) di S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali…*, op. cit., 570.

1153 Come invece sembra ritenere C. Pinelli, *Diritti e politiche sociali nel progetto di Trattato costituzionale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 477 ss., 486.

1154 Per un approfondimento delle implicazioni dell'art. I-48 Tc, dedicato a *Le parti sociali e il dialogo sociale autonomo*, v., ancora, B. Veneziani, *Il ruolo delle parti sociali…*, op. cit., spec. 483-488.

1155 Come non manca di rilevare B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro…*, op. cit., 42, «sono transitati nella riforma la logica ed il senso della trama normativa precedente con una numerazione aggiornata».

1156 Cfr. C. Pinelli, *Diritti e politiche sociali…*, op. cit., 487.

1157 Come parte essenziale del *discorso della cittadinanza* emerso nell'epoca contemporanea: v. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999-2001.

1158 Così G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, 275 ss., 279.

1159 Sul tema, cfr. G. Bronzini, *La costituzione europea e il suo modello sociale: una sfida per il Vecchio continente*, in *Dem. dir.*, 2003, 174 ss.

diritti sociali e le principali questioni che esse aprono, va chiarita l'importanza delle previsioni contenute nel par. 2 dell'art. I-9 Tc[1160], disposizione che affronta il controverso rapporto tra Ue e CEDU[1161]. Tale questione, a volte ingiustamente sottovalutata dalla dottrina che si è occupata specificamente di diritti sociali, merita di essere in questa sede richiamata in considerazione della possibile rilevanza in ambito sociale dei diritti e delle libertà tutelate dal Consiglio d'Europa[1162], nella prospettiva della loro integrazione nell'ordinamento giuridico comunitario[1163]. Infatti, pur essendo la CEDU prevalentemente rivolta alla protezione di libertà e diritti civili c.d. di prima generazione, l'impatto di tale documento non è del tutto irrilevante in materia sociale[1164]: da un lato è possibile identificare norme prescrittive di contenuto sociale in forma *diretta*, come l'art. 4 della CEDU (che proibisce la schiavitù e il lavoro forzato) o l'art. 11 (libertà di riunione e di associazione, anche sindacale); da un altro, non vanno sottovalutate le ricadute, sia pure in via *indiretta*, del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU) e, soprattutto, del diritto di proprietà garantito dall'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU, che ha rappresentato in più di una circostanza la base normativa per tutelare diritti a prestazioni economiche in materia previdenziale[1165]; infine, parimenti significativi sono i casi in cui la CEDU può offrire una protezione *occasionale* ad istanze

---

[1160] L'art. I-9 Tc, intitolato *Diritti Fondamentali*, stabilisce nei suoi tre paragrafi alcuni principi generali ai fini della definizione del rango e dell'estensione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. L'opportunità di tale disposizione, che manifesta una visione unitaria dei diritti fondamentali, è di tutta evidenza ove si consideri che tali diritti risultano menzionati in più luoghi del Trattato: oltre al Preambolo, fanno ad essi riferimento alcuni Titoli della Parte I e l'intera Parte II (anch'essa dotata di un proprio Preambolo, che riproduce integralmente – ed inspiegabilmente – quello della Carta approvata a Nizza), con significativi riferimenti, specialmente in materia sociale, anche nella Parte III. Rinviandosi *infra* l'esame dei parr. 1 e 3, va qui rimarcata la collocazione della norma nel contesto del nuovo Trattato: i diritti fondamentali (uniti alla cittadinanza dell'Unione nello stesso Titolo II) si collocano tra *Definizione e obiettivi dell'Unione* (Titolo I) e *Competenze dell'Unione* (Titolo III), in una posizione assai significativa ove si consideri che gli Stati membri conferiscono all'Unione le competenze necessarie a conseguire gli obiettivi comuni, ed è proprio in relazione all'esercizio di queste competenze che la tutela dei diritti fondamentali costituisce non solo un limite (negativo) ma anche una modalità (positiva) per il conseguimento degli obiettivi generali di cui all'art. I-3 Tc (su cui v. *infra*).

[1161] Per una ampia e articolata analisi del quale si rinvia a P. Manin, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in L.S. Rossi (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004, 255 ss.

[1162] Sul tema, per tutti, v. ora H. Collins, *The Protection of Civil Liberties in the Workplace*, in *Mod. Law Rev.,* 2006, 619 ss.

[1163] La Corte di Giustizia con riferimento all'assetto della Comunità e degli Stati membri non ha mancato di preconizzare per tempo, insieme alle implicazioni istituzionali, anche le conseguenze sul piano normativo derivanti da tale integrazione: v. Corte di Giustizia, *Parere* del 28 marzo 1996, n. 2/94, in *Racc.*, 1996, I-1763 ss., parr. 34-35. Negli ultimi anni, peraltro, la Corte di Giustizia si è trovata a dover valutare la legittimità di comportamenti degli Stati membri imposti dalla necessità di rispettare i diritti sanciti nella CEDU ma in aperta violazione delle previsioni del Trattato; per una fattispecie attinente al diritto di sciopero, v. Corte di Giustizia, sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internazionale Transporte und Planzüge c. Austria*, in *Racc.*, 2003, I-5659 ss., spec. punti 69-81, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2004, II, 157 ss. (con esaustivo commento di V. Brino, *La Corte di Giustizia europea e il processo di valorizzazione dei diritti fondamentali: la libertà d'espressione e di riunione come limite ad una libertà fondamentale del Trattato*), nonché in P. Mengozzi (a cura di), *Casi e materiali di diritto comunitario e dell'Unione europea*, IV ed., 2006, 630 ss.; il caso è anche esaminato da G. Facenna, *Freedom of Expression and Assembly vs. Free Movement of Goods*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2004, 73 ss.

[1164] V., ad esempio, la giurisprudenza analizzata da G. Cinelli, *La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 731 ss. Più in generale può osservarsi come, nell'interpretazione della CEDU sviluppata recentemente dalla Corte di Strasburgo, sia possibile rilevare una crescente tendenza ad un approccio integrato sui diritti civili, idoneo a ricomprendervi esplicitamente contenuti sociali sul presupposto dell'inviolabilità, in ogni circostanza e rapporto, della dignità umana. Per alcune interessanti riflessioni in tal senso, originate dall'esame di una recente pronuncia della Corte, v. V. Mantouvalou, *Work and private life*: Sidabras and Dziautas v Lithuania, in *Eur. Law Rev.*, 2005, 573 ss.

[1165] Su cui v. A. Ojeda Avilés, *La «proprietà delle pensioni» nel diritto europeo e i suoi riflessi nel diritto spagnolo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, 117 ss.

di carattere sociale[1166].

Ebbene, l'art. I-9.2 Tc dichiara che l'Unione «aderisce» alla CEDU, espressione che, pur non conseguendo in via automatica l'adesione, non solo dota le istituzioni comunitarie di un indispensabile strumento normativo[1167], ma risolve anche – in via definitiva – l'altalenante dibattito circa l'opportunità di una partecipazione dell'Unione alla CEDU[1168]. Senza entrare nel merito delle soluzioni ai numerosi problemi di natura tecnica tuttora persistenti[1169], va evidenziato come l'effettiva adesione dell'Ue alla CEDU determinerebbe un incremento della tutela dei diritti fondamentali attraverso l'estensione, alle istituzioni dell'Ue, del controllo giudiziale specializzato ed esterno garantito dalla Corte di Strasburgo (il quale si aggiungerebbe – senza sostituirlo – a quello garantito sul piano interno dalla Corte di Giustizia[1170]). Troverebbero adeguata soluzione, altresì, i problemi connessi, da un lato, al progressivo trasferimento di competenze all'Unione da parte degli Stati membri – i quali, si è osservato, «potrebbero ritenersi liberati da taluni obblighi derivanti dalla loro partecipazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto non più in grado di controllare il rispetto dei diritti umani nelle materie trasferite»[1171] –, dall'altro alla crescente esigenza di consentire alla stessa Ue di difendere direttamente la legittimità dei propri atti dinanzi ai giudici di Strasburgo[1172]. A fronte di tali vantaggi, i possibili inconvenienti dell'adesione

---

[1166] Per fare qualche esempio tratto dalla casistica più recente, l'art. 13 della CEDU, che attribuisce il diritto ed un ricorso giudiziale effettivo, ha consentito di sanzionare il mancato pagamento dei crediti retributivi di un lavoratore in una procedura fallimentare, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 15535/02, sentenza 2 febbraio 2006, *Chizzotti/Italia*, mass. in *Dir. com. int.*, 2006, n. 2, 73-74; l'art. 6 della CEDU, che riconosce il diritto ad una ragionevole durata dei processi, ha consentito di sanzionare il ritardo nella reintegrazione di un lavoratore illegittimamente licenziato, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 23878/02, sentenza 29 settembre 2005, *Strungariu/Romania*, mass. in *Dir. com. int.*, 2005, n. 6, 94.

[1167] La Corte di Giustizia, nel *Parere* del 28 marzo 1996, n. 2/94, cit., nonostante le sollecitazioni provenienti da parte della dottrina e dalle istituzioni europee, aveva escluso che la Comunità potesse aderire alla CEDU, in quanto tale possibilità, non prevista dal Trattato, avrebbe dovuto essere esplicitamente riconosciuta da una modifica del Trattato stesso.

[1168] Nella formula usata nel progetto di Trattato trasmesso dalla Convenzione europea il 18 luglio 2003 si utilizzava, invece, l'espressione «l'Unione persegue l'adesione» alla CEDU. Nonostante il mutamento terminologico non sembri comportare alcuna conseguenza pratica, la nuova formulazione appare idonea ad escludere ogni residuo dubbio circa l'adesione dell'Ue alla CEDU, e dunque eventuali margini di azione per ritardare l'adesione (si spinge a configurare un vero e proprio obbligo di condotta a carico delle istituzioni comunitarie P. Manin, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione*…, op. cit.; nello stesso senso, significativamente, v. la *Nota introduttiva* a *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Senato della Repubblica, Roma, 2004, XXII, curata dal Servizio Affari internazionali – Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea).

[1169] Anche dopo la modifica all'art. 59 della CEDU operata dall'art. 17 del Protocollo n. 14 adottato il 12 maggio 2004, tali problemi non possono ritenersi risolti (in senso contrario, invece, J. Ziller, *La nuova Costituzione*…, op. cit., 72), come si evince dal rapporto dello Steering Committee for Human Rights, *Study of Technical and Legal Issues of a Possibile EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights*, doc. DG-II(2002)006 del 28 giugno 2002).

[1170] E concorrerebbe, peraltro, a ridurre le diversità dei contenuti, in materia di diritti fondamentali, tra Stati aderenti al (solo) Consiglio d'Europa e Stati membri dell'Unione europea, agevolando l'armonizzazione anche giurisprudenziale.

[1171] Così U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, 73 ss., 111.

[1172] Allo stato attuale, infatti, la Corte di Strasburgo, ancorché formalmente adita con ricorsi diretti contro Stati membri dell'Ue, non ha escluso la propria competenza a sindacare atti e situazioni derivanti dall'ordinamento comunitario: v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 luglio 2000, *Guérin Automobiles c. i 15 Stati dell'Unione europea*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 maggio 2002, *SEGI e altri e GESTORAS Pro Amnistia c. Germania, Austria, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito e Svezia* (in entrambe le circostanze, tuttavia, la Corte ha potuto evitare di pervenire ad una pronuncia di condanna dichiarando i ricorsi irricevibili). Peraltro nella causa n. 56672/00, *Senator Lines c. i 15 Stati membri dell'Unione europea*, proprio per consentire un embrionale diritto di difesa alle istituzioni comunitarie, la Corte di Strasburgo ha autorizzato la Commissione Ue a presentare osservazioni scritte (v., sul caso, E. Bergamini, *L'intervento* amicus curiae*: recenti evoluzioni di uno strumento di* common law *fra Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. com. sc. int.*, 2003,

non sembrano poter costituire fondate preoccupazioni[1173]. Non pare, innanzitutto che l'adesione dell'Ue alla CEDU (e le conseguenti possibilità di intervento della Corte di Strasburgo) possa determinare la fine del potere esclusivo della Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari e dunque un indebolimento dell'autonomia del diritto comunitario in generale[1174]: la Corte di Strasburgo, infatti, pur avendo il potere di accertare la violazione dei diritti umani previsti dalla CEDU, non acquisterebbe il potere di annullare atti comunitari o sentenze della Corte di Giustizia, in ordine alle quali ogni decisione resterebbe di competenza delle istituzioni dell'Ue in sede di esecuzione della sentenza[1175]. In secondo luogo, non pare che l'adesione alla CEDU possa comportare una alterazione del riparto di competenze tra Unione e Stati membri[1176]. Da un lato, infatti, l'art. I-9.2 Tc si preoccupa di precisare che «l'adesione alla CEDU non modifica le competenze dell'Unione definite nella Costituzione», sottolineando quindi che la tematica della tutela dei diritti fondamentali non sconfinerà dai limiti dell'esercizio delle competenze delegate; dall'altro il problema della possibile ingerenza, in materia, della Corte europea dei diritti dell'uomo – nel caso in cui ad essere sindacato fosse un provvedimento di uno Stato membro di cui non possa escludersi *prima facie* la doverosità sul piano del diritto comunitario – può risolversi alla radice attraverso l'istituzione di un meccanismo di condanna in solido dello Stato membro e dell'Unione europea, lasciando a questi ultimi la ripartizione tra loro delle (solidalmente accertate) responsabilità[1177].

4. L'incorporazione e la rinnovata posizione dei diritti fondamentali.

Come anticipato, nella Parte II del Trattato costituzionale – per una decisione della Convenzione

---

181 ss.). Non vi è dubbio, nella prospettiva di un probabile incremento dei procedimenti rivolti a sindacare la legittimità di atti riferibili all'Ue, che l'adesione di quest'ultima alla CEDU consentirebbe una piena partecipazione ai processi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con l'esperibilità di tutti i mezzi di difesa disponibili.

[1173] Come emerge chiaramente dai lavori del Gruppo II (Carta europea dei diritti fondamentali). Per una sintesi del dibattito sviluppatosi nel Gruppo II, unitamente ad una valutazione critica dei risultati, v. S. Gambino, *Diritti fondamentali europei e Trattato Costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, 3 ss., spec. 28-48.

[1174] Anche «dopo l'adesione, la Corte di Giustizia continuerebbe ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della validità degli atti dell'Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell'uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, ma piuttosto un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. Lo status della Corte di Giustizia sarebbe analogo a quello attuale delle Corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo». Così la Relazione finale del Gruppo II.

[1175] Il dibattito sul punto può forse spiegarsi come l'effetto di una inconsapevole trasposizione a livello comunitario delle diverse esperienze nazionali maturate in ambito CEDU, sembrando la soluzione opposta a quella qui prefigurata un riflesso dell'approccio monista tipico di alcuni ordinamenti.

[1176] Problema ben presente sia nei lavori del Gruppo II della Convenzione europea che in quelli della Conferenza intergovernativa: il Protocollo n. 32, relativo all'art. I-9.2 Tc e allegato al nuovo Trattato di Roma, precisa, all'art. 1, che l'eventuale accordo relativo all'adesione dell'Ue alla CEDU dovrà preservare «le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione», con particolare riferimento alla determinazione dei «meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati terzi [...] siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione». Sotto altro profilo, poi, va evidenziato come il richiamato Protocollo, all'art. 2, stabilisca che l'accordo di adesione dovrà «garantire» pienamente la salvaguardia delle deroghe e delle particolari situazioni degli Stati membri derivanti dai vari protocolli addizionali alla CEDU e dalle riserve a questa apposte. Sui problemi relativi al riparto di competenze ed ai connessi rischi di sovrapposizione tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo, v. S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3 ss., e L.M. Diez-Picazo, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ivi, 267 ss.

[1177] Secondo la proposta (c.d. *meccanismo del secondo convenuto*), avanzata dal giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo Marc Fischbach e discussa nei lavori del Gruppo II della Convenzione europea (Doc. CONV 295/02 WG II 10, del 26 settembre 2002). Una simile previsione ben potrebbe essere inserita in un protocollo addizionale all'atto dell'effettiva adesione dell'Ue alla CEDU.

europea per certi versi inevitabile[1178], per altri sorprendente[1179] – è stata incorporata per intero la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza. In questo modo ha trovato soluzione il problema della natura giuridica dei diritti fondamentali riconosciuti nel catalogo: prima della sua integrazione nel Trattato, infatti, la Carta di Nizza risultava essere stata semplicemente *proclamata*, sia pure in forma solenne, dalle principali istituzioni europee, con un atipico procedimento di approvazione idoneo a configurare nulla più di un accordo interistituzionale[1180]. La posizione esterna della Carta e la mancanza di un qualunque collegamento con i Trattati avrebbero dovuto rappresentare argomenti sufficienti ad escludere alla radice un qualunque effetto normativo delle sue disposizioni[1181]. Così, tuttavia, non è stato, e la discussione sul valore giuridico del documento è proseguita in conseguenza del fatto che, da un lato, alcune istituzioni comunitarie si sono riferite alla Carta nella loro attività[1182], dall'altro il valore ricognitivo della Carta ha manifestato una insospettabile[1183] forza attrattiva, determinando l'utilizzazione delle sue disposizioni – sia pure in chiave prevalentemente interpretativa – in numerosi procedimenti giurisdizionali[1184]. Si è così evidenziato il rischio di un incremento delle incertezze applicative della Carta, sottoposta ad un processo selettivo occasionale e frammentario legato di volta in volta alle esigenze argomentative degli organi giurisdizionali, privo di linearità sia negli esiti che nel metodo. Il Trattato costituzionale risolve nel modo più radicale questa insicurezza giuridica sui diritti fondamentali[1185]: l'incorporazione della Carta di Nizza nella Parte II del Tc, non solo conferisce una efficacia giuridica piena ai diritti fondamentali riconosciuti del catalogo, ma li eleva al rango di norme primarie dell'ordinamento comunitario, in posizione del tutto equiordinata con le altre disposizioni del Trattato.

[1178] Cfr. J. Ziller, *La nuova Costituzione…*, op. cit., 71-72, che rileva: «non era […] il caso di rimettere mano a un testo che, oltre ad essere il risultato di lavori approfonditi, nasceva, soprattutto, come frutto di delicati compromessi […]. Quale che sia, dunque, l'opinione che si ha di questo o quell'articolo della Carta, bisogna comprendere che per la Convenzione l'opzione rispetto al testo già esistente era di prenderlo o lasciarlo».

[1179] S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali…*, op. cit., 571.

[1180] Cfr. K.J. Jacqué, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L.S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, 79 ss.

[1181] V. almeno U. De Siervo, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pub.*, 2001, 33 ss., 45-46; V. Angiolini, *Carta dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, ivi, 923 ss., 926; G. Ferrara, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un atto giuridicamente non identificabile*, in *Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile* (Firenze, 25 giugno 2001).

[1182] Oltre al Parlamento europeo, che utilizza la Carta come base per le sue revisioni annuali della situazione dei diritti fondamentali nell'UE, il Consiglio compie spesso riferimenti alla Carta nei propri atti e la Commissione considera la Carta come un documento vincolante per la propria attività ed ha anche istituito procedure interne per garantirne la conformità (cfr. Comunicazione della Commissione, *Applicazione della Carta*, SEC 380/3, del 13 marzo 2001). In recente e significativa controtendenza, però, v. il Regolamento CE n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, il quale, all'art. 3, prevede che nello svolgimento dei suoi compiti l'Agenzia dovrà fare riferimento ai diritti definiti nell'art. 6.2 TUE e non a quelli riconosciuti dalla Carta di Nizza.

[1183] Ma non per tutti: v. A. Spadaro, *Sulla "giuridicità" della Carta europea dei diritti: c'è ma (per molti) non si vede*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 257 ss.

[1184] V., tra i più recenti, Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, punto 37; Corte di Giustizia, sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 38. Sul tema G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *I giudici e la Carta dei diritti dell'Unione europea*, Taranto, 2006 (ivi anche un completo elenco dei provvedimenti della Corte di Giustizia e del Tribunale di Primo Grado, nonché dei pareri degli Avvocati Generali, che hanno compiuto riferimenti alla Carta di Nizza, 69 ss.).

[1185] Cfr. U. Villani, *I diritti fondamentali…*, op. cit., 85.

In tal senso rilevano anche i parr. 1 e 3 dell'art. I-9 Tc. Il primo, infatti, afferma che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali che costituisce la parte II». La norma chiarisce il senso della successiva incorporazione e conferma, insieme all'art. I-6 Tc[1186], la natura della Carta come parte integrante del diritto primario dell'Unione, qualunque fosse il suo *status* prima dell'adozione del Trattato costituzionale[1187]. Peraltro è da osservarsi come, in considerazione del rinvio recettizio che la norma dispone, la recisa formula adoperata sarebbe risultata di per sé idonea a troncare il dibattito relativo all'efficacia giuridica della Carta di Nizza anche qualora quest'ultima fosse rimasta in posizione esterna rispetto al Trattato[1188]. Proprio il fatto che la norma, invece, si riferisca alla Carta ormai incorporata, consente di evidenziarne un aspetto di natura simbolica: anticipando il valore della Carta già nella Parte I del Tc, l'art. I-9.1 Tc orienta immediatamente l'interprete verso una lettura delle disposizioni del Trattato opportunamente coordinata con i diritti fondamentali elencati nella Parte II, prevenendo in tal modo le necessità ermeneutiche di una loro considerazione sistematica. Poiché i diritti fondamentali della Carta di Nizza, in sostanza, concorrono pienamente a definire l'assetto normativo primario dell'Ue, essi vengono richiamati in una collocazione capace di esprimere plasticamente la loro posizione equiordinata con le altre norme del Trattato.

Una conferma della nuova e preminente posizione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, anche in relazione ad altre fonti, può trarsi, poi, dalla disposizione contenuta nell'art. I-9.3 Tc. Con riferimento ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, infatti, tale norma specifica che essi «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La formulazione adottata, nonostante rappresenti la ripetizione letterale di quanto già affermato all'art. 6, par. 2, TUE, pare potersi interpretare in modo diverso dalla mera riproposizione delle acquisizioni comunitarie in materia di diritti fondamentali. Nel contesto dell'art. I-9 Tc, infatti, la norma esplicita una diversificazione tra la posizione gerarchica riconosciuta ai diritti fondamentali inseriti nella Parte II del Tc, e quella attribuita ai diritti fondamentali previsti da cataloghi non incorporati (ovvero CEDU – ma solo prima dell'auspicata adesione – e Costituzioni degli Stati nazionali): questi ultimi, al contrario dei primi, sembrano destinati a rimanere confinati nell'alveo dei principi generali, cui è possibile ricorrere solo in via subordinata[1189] o, al più, sussidiaria[1190]. In questo ordine di idee, dunque, ai diritti fondamentali riconosciuti nella parte II del Trattato si deve riconoscere un rilievo prioritario rispetto a quei principi generali dell'ordinamento comunitario da tempo individuati e riscontrati nella giurisprudenza

---

[1186] Tale norma, che definisce il *diritto dell'Unione*, nell'individuare le fonti comunitarie dotate di forza preminente rispetto al diritto degli Stati membri, si riferisce genericamente al Trattato costituzionale, e dunque anche alla sua Parte II.

[1187] Cfr. G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali*…, op. cit., 282.

[1188] Secondo l'alternativa proposta, avanzata da Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM (2000) 644, 11 ottobre 2000, di inserire un richiamo alla Carta nell'art. 6 TUE.

[1189] Nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento comunitario, i principi generali vengono prevalentemente inseriti ad un livello intermedio tra le norme primarie stabilite dai Trattati e gli atti adottati dalle istituzioni. V., sul punto, G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2003, 100.

[1190] P. Acconci, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 253 ss., 263.

della Corte di Giustizia[1191], con conseguente conferma del nuovo carattere primario della Carta[1192].

5. L'ambito di applicazione della Carta di Nizza dopo la transizione costituzionale.

L'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta di Nizza non riesce, di per sé, a risolvere tutti i problemi relativi all'individuazione dei concreti effetti, nell'ordinamento comunitario, dei diritti fondamentali riconosciuti nella Parte II del Tc. I diritti fondamentali, infatti, risultano richiamati e incorporati nel Trattato insieme a tutti i limiti disposti dalle c.d. clausole orizzontali della Carta (artt. II-111–II-114 Tc, corrispondenti agli artt. 51–54 del catalogo, peraltro oggetto di ulteriori interventi limitativi nella transizione "costituzionale"[1193]), e risulta decisivo, per valutare il possibile ruolo dei diritti fondamentali, misurarne il grado di effettività all'interno dei margini concessi da tali clausole[1194]. Preliminarmente, dunque, all'esame del possibile impatto dei nuovi diritti sociali, è su tali clausole che è necessario soffermarsi.

Al par. 1, l'art. II-111 Tc stabilisce che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione […e] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nelle altre parti della Costituzione». La formulazione della norma, di là

[1191] *Ex multis*, v. ordinanza del 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba*, in *Racc.*, 2000, I-665 ss., spec. punti 8-9; per una pronuncia del Tribunale di Primo Grado, v. sentenza del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmann-rohren Werke AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2001, II-729 ss., punto 60.

[1192] Del resto, ad ulteriore conferma, l'art. I-6 Tc omette di compiere alcun riferimento ai principi generali.

[1193] L'incorporazione della Carta nel Tc ha comportato alcuni nuovi interventi sulle disposizioni generali che ne disciplinano l'interpretazione e l'applicazione, con lo scopo evidente di attenuarne ulteriormente la portata. Tali interventi, che consistono nell'inserimento di un nuovo alinea nel Preambolo della Carta stessa, nella riformulazione del par. 2 dell'art. II-111 Tc (già art. 51.2 della Carta), nell'aggiunta di 4 nuovi paragrafi (parr. 4-7) all'art. II-112 Tc (già art. 52 della Carta), rappresentano in buona parte una sorta di «contropartita del conferimento di valore formale alla Carta» (così G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali…*, op. cit., 283). Una considerazione a parte merita l'art. II-112.7 Tc, il quale stabilisce che «i giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali». La precisazione ripropone in veste normativa l'indicazione aggiuntiva inserita nel Preambolo della Carta ed è accompagnata da una dichiarazione iscritta all'Atto finale che riporta le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *Presidium* della Convenzione europea. Invero, il *Presidium* della Convenzione che ha redatto la Carta aveva pubblicato tali spiegazioni avvertendo tuttavia esplicitamente che «esse non hanno valore giuridico e sono semplicemente destinate a chiarire le disposizioni della Carta». Il che, paradossalmente – una volta che la Carta ha assunto valore giuridico, – non sarebbe più vero (in questi termini A. Tizzano, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in Id. (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, in *Quad. Dir. Un. eur.*, Giuffrè, 2003, 23). Il richiamo alle spiegazioni, esplicitamente volto ad indurre un'interpretazione guidata di ciascuna disposizione della Carta, è apparso immediatamente un maldestro «tentativo di mettere la sordina alle potenzialità innovative scaturenti […] dall'inserimento della Carta nel Trattato costituzionale» (così S. Giubboni, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 489 ss., 501). Nonostante dell'efficacia giuridica di una disposizione di tal fatta si possa ampiamente dubitare (sul punto v. le condivisibili considerazioni di M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004, 57 ss., 72; nonché di C. Pinelli, F. Barazzoni, *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza Intergovernativa*, Bologna, 2003, 37 ss., 40; per una più ampia riflessione, anche in chiave storica, A. Gardino Carli, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997), le spiegazioni del *Presidium* offrono comunque un punto di vista interno ai lavori delle Convenzioni e dunque, soprattutto in assenza di interpretazioni giudiziali, non è senza utilità una loro considerazione, almeno in questa sede, al fine di verificare la portata normativa delle clausole orizzontali della Carta.

[1194] Cfr. A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la* multiforme *tutela dei diritti dell'uomo nello* spazio giuridico europeo, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 503 ss.

dalla differenziazione tra diritti e principi che introduce[1195], impone una immediata compressione del campo di applicazione della Carta in un duplice ordine di limiti. Da un punto di vista soggettivo, infatti, essa si rivolge alle istituzioni comunitarie ed agli Stati, escludendosi che destinatari delle prescrizioni possano essere i cittadini: l'efficacia della Carta per questi ultimi resterebbe pertanto vincolata alla dimensione esclusivamente verticale. Dal punto di vista oggettivo, poi, gli Stati membri risultano tenuti al rispetto della Carta non in ogni segmento delle proprie attività ma «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Questa precisazione, in particolare, rappresenta un significativo ostacolo ai fini della definizione dell'impatto sugli ordinamenti nazionali dei diritti sociali riconosciuti dalla Parte II del Tc, costituendo il principale fondamento delle interpretazioni che escludono l'attitudine della Parte II a costituzionalizzare, sia pure parzialmente, un vero modello sociale europeo[1196].

La disposizione successiva (par. 2) salvaguarda la delimitazione delle competenze di Unione e Stati membri, preoccupandosi di chiarire con la formulazione più esplicita possibile che la «Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione»[1197]. La norma ha una duplice valenza: essa, infatti, oltre ad escludere qualunque alterazione, da parte della Carta, dell'equilibrio tra Unione e Stati membri sancito nel Trattato, sembra voler prevenire ogni effetto di sconfinamento della Carta anche *internamente*, per così dire, all'ambito delle competenze attribuite all'Unione. In questo senso può leggersi non solo la duplicazione di affermazioni che sembrano implicarsi necessariamente[1198], ma anche la menzione, accanto alle «competenze», dei «compiti». Quest'ultimo termine, in particolare, inteso come un richiamo agli obiettivi dei Trattati[1199], poteva ritenersi – nel contesto preesistente all'incorporazione della Carta di Nizza, non anche in quello successivo – contenere una puntualizzazione di grande rilevanza proprio in materia sociale[1200], comportando l'esclusione della possibilità di far riferimento alle norme e ai principi contenuti nella Carta per garantire una autonoma attitudine implementativa alla dimensione sociale in tutte le attività dell'Ue. Così, tuttavia, non è più: la revisione degli obiettivi generali dell'Unione, operata dall'art. I-3 Tc, ha comportato un ampliamento degli orizzonti sociali dell'Ue idoneo a ricomprendervi – almeno in questo limitato senso tutto interno alle competenze comunitarie – il rispetto e la promozione dei

---

1195 Su cui si tornerà *infra*.

1196 Come si vedrà *infra*, tuttavia, è possibile adottare un angolo visuale che non precluda completamente l'efficacia della Carta all'interno degli ordinamenti nazionali.

1197 Questa norma risulta parzialmente modificata rispetto al testo originario della Carta di Nizza, che all'art. 51.2 non conteneva alcuna precisazione circa l'impegno della Carta a non estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Ue, e conferma il ruolo strumentale dei diritti fondamentali nonostante il loro formale riconoscimento tra le norme primarie del diritto dell'Ue. In sostanza, l'incorporazione della Carta non è sufficiente a determinare la necessità di una attuazione nazionale dei diritti in quella sede riconosciuti se non per i settori che siano di competenza comunitaria.

1198 Se non sovrapporsi: è evidente, infatti, che competenze nuove per l'Unione europea rappresentano necessariamente una modifica di quanto stabilito nei Trattati a detrimento delle competenze degli Stati nazionali.

1199 Al fine di attribuire un distinto rilievo esegetico alle «competenze» e ai «compiti», infatti, è possibile riconoscere l'autonomia della dimensione *quantitativa* delle problematiche relative al riparto di «competenze» rispetto alla dimensione *qualitativa*: le competenze attribuite possono essere esercitate in modo assai diverso in funzione dei diversi «compiti» (o, appunto, obiettivi) perseguiti.

1200 Oltre che, naturalmente, su un piano più generale, in quanto la Carta avrebbe visto ridimensionata quella «attitudine a conformare i poteri pubblici e a limitarli», valorizzata in dottrina come effetto del processo di positivizzazione: G.F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali…*, op. cit., 1 ss., 58.

diritti sociali riconosciuti nella Carta proprio in virtù della genericità (per altri aspetti criticabile[1201]) delle nuove previsioni.

Per quanto attiene alla disciplina della portata e dell'interpretazione della Carta è opportuno circoscrivere l'analisi alle sole disposizioni che assumono rilievo per i diritti sociali[1202].

Il par. 1 dell'art. II-112 Tc stabilisce che le limitazioni ai diritti, consentite esclusivamente «nel rispetto del principio di proporzionalità» e «laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», debbano «essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Tale statuizione impone una riserva di legge e, in considerazione di tutte le condizioni che detta ai fini della legittimità di interventi limitativi dei diritti riconosciuti nella Carta, se ne può valutare «il livello di resistenza»[1203], in conformità con «le acquisizioni più avanzate del pensiero costituzionalistico degli ordinamenti liberaldemocratici»[1204]. In particolare, la definizione della misura in cui è consentito al legislatore restringere la portata dei diritti e delle libertà, ovvero la necessità di dover rispettare comunque il «contenuto essenziale» delle disposizioni della Carta, è volta ad evitare l'utilizzo regressivo di tale clausola limitativa generale da parte del legislatore, impedendo che ne possa risultare travolto il senso stesso del riconoscimento della natura fondamentale dei diritti elencati nella Carta di Nizza[1205]. Da questo punto di vista, invero, non è tanto al legislatore che la norma in esame conferisce discrezionalità[1206] quanto alla Corte di Giustizia[1207], cui in ultima analisi spetta il compito di circoscrivere un concetto giuridico dai contorni piuttosto incerti[1208]. Quanto al problema della dimensione – comunitaria o nazionale – della «legge» abilitata ad imporre limitazioni ai diritti fondamentali, l'incorporazione della Carta nel Trattato sembra sciogliere questo nodo. Se nel contesto della Carta il riferimento alla «legge», testualmente non conforme al sistema delle fonti comunitarie, poteva interpretarsi come una delega (anche) ai legislatori degli Stati membri (con i conseguenti rischi di interventi restrittivi nazionali potenzialmente idonei a compromettere il significato del riconoscimento di diritti fondamentali vincolanti a livello europeo), all'interno del Trattato costituzionale (che introduce un

---

[1201] V. *supra*.

[1202] Infatti, i parr. 3 e 4 dell'art. II-112 Tc si limitano a stabilire, per il caso in cui la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, la necessità di interpretare i diritti in conformità a tali fonti. In campo sociale, invero, non pare verosimile ipotizzare il rischio di collisioni normative tra la Carta e questi strumenti, dal momento che in quest'ambito la Corte di Giustizia è decisamente riluttante a ricorrere alle tradizioni costituzionali comuni e, quanto alla CEDU (che, come si è già detto, può assumere una incidenza sociale diretta, indiretta o occasionale), l'art. II-112.3 Tc chiarisce che la sua applicabilità – a quanto pare anche dopo l'adesione dell'Ue preconizzata dall'art. I-9.2 Tc – non impedirebbe comunque la prevalenza dei più ampi diritti sociali espressamente sanciti dalla Carta.

[1203] A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, 41 ss., 44.

[1204] Così G.F. Ferrari*, I diritti tra costituzionalismi*…, op. cit., 59.

[1205] Cfr. T. Groppi, sub *Art. 52*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea*, 351-356. V. però le diverse valutazioni di U. De Siervo, *L'ambigua redazione*…, op. cit., 51; nonché G. Ferrara, *La Carta dei diritti fondamentali*…, op. cit.

[1206] Così, invece, A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost*., 2001, 193 ss.

[1207] La cui quarantennale giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, tuttavia, sembra offre sufficienti garanzie.

[1208] In questi termini P. Caretti, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pub.*, 2001, 939 ss., 946.

nuovo sistema delle fonti comunitarie[1209]) esso pare più coerentemente riferibile alle nuove leggi europee ed alle nuove leggi quadro europee, depotenziando le contrarie argomentazioni lessicali.

Oltre al par. 2 dell'art. II-112 Tc, il quale, stabilendo che i diritti riconosciuti dalla Carta «per i quali altre parti della Costituzione prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti ivi definiti», si limita ad esplicitare una connessione con le altre parti della Costituzione già desumibile in via interpretativa[1210], rilievo specifico per i diritti sociali rivestono alcune nuove disposizioni aggiunte in fine a tale articolo.

In particolare il par. 5 della norma precisa la differenziazione tra diritti e principi già introdotta dall'art. II-111.1 Tc, prevedendo che le disposizioni della Carta che contengono i secondi «possano essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze» e possano «essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di tali atti». La norma, che ribadisce anche i limiti della portata delle disposizioni della Carta in relazione al riparto di competenze tra Unione e Stati membri già sancito dall'art. II-111 Tc[1211], è evidentemente volta a sminuire il significato del riconoscimento dei diritti sociali fondamentali. Tuttavia gli effetti restrittivi che dalla disposizione possono scaturire non vanno enfatizzati[1212]. Innanzitutto, infatti, la demarcazione tra diritti e principi che la norma sancisce non è sovrapponibile a quella, peraltro assai controversa[1213], tra diritti civili di libertà e diritti sociali[1214]. La disposizione, infatti, non compie alcun riferimento a tali

---

[1209] V., in particolare, gli artt. I-33 ss. Tc.

[1210] Non pare, invero, che alla disposizione si possa attribuire (la responsabilità e) «la funzione di organizzare la compatibilità subalterna al mercato dei diritti sociali», né che essa dimostri l'assenza di una «autonomia normativa» dei diritti sanciti nella Carta (come invece ritiene G. Maestro Buelga, *I diritti sociali…*, op. cit., 120), in quanto i limiti all'efficacia dei diritti sono strutturalmente connessi alla limitatezza degli obiettivi e delle competenze comunitarie: l'Unione europea non è un ordinamento a fini generali e la tutela dei diritti fondamentali (in quanto tali) non rientra tra i suoi compiti.

[1211] Ovvero «per segnare limiti il più possibile precisi alla dottrina dell'*incorporation*», così C. Pinelli, *Appunto sulle proposte di modifica alle clausole orizzontali della Carta dei diritti in discussione presso la Convenzione europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[1212] Cfr. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* 2006, I, 891 ss., 903-905.

[1213] Sul punto v. C. Salazar, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali…*, op. cit., 239 ss., spec. 242.

[1214] A tal proposito è noto come si confrontino due tesi. Secondo una prima opzione, solo ai diritti civili apparterrebbero quei caratteri di essenzialità connessi ad un ordinamento democratico senza aggettivi, mentre i diritti sociali ne connoterebbero gli aspetti economici (Stato sociale). I diritti sociali, cioè, dipenderebbero dall'attuazione pratica del legislatore, vincolato dalle contingenti esigenze di bilancio (v., ad es., L. Mengoni, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1 ss., 2, secondo il quale «mentre i diritti di libertà sono diritti prestatali riconosciuti come mezzi di difesa all'individuo contro il potere politico, i diritti sociali sono diritti positivi a prestazioni pubbliche, discrezionalmente concessi in risposta a pretese emergenti dalla società civile». Nello stesso senso G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 7 ss.; M.P. Monaco, *Mercato, lavoro, diritti fondamentali*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* 2001, I, 299 ss., 311, che definisce i diritti sociali come «diritti corrispondenti a un dovere di prestazione da parte dello Stato»). Contro questa concezione, che determina la degradazione dei diritti sociali a mere aspettative compromettendone la natura di elementi del patrimonio giuridico soggettivo dei cittadini, é stata sostenuta l'impossibilità, su un piano rigorosamente giuspositivo, di definire *a priori* elementi di differenza strutturale tra diritti civili e diritti sociali: se questi ultimi «dipendono, nella concreta realtà, dall'organizzazione dello Stato, […] è pura illusione pensare che lo stesso non sia vero anche per i diritti di libertà» (M. Mazziotti, *I diritti sociali*, in *Enc. dir*., Milano, 1964, vol. XII, 806). Da un lato, infatti, qualunque tra i più classici diritti di libertà (come la libertà dagli arresti, la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto alla difesa) non potrebbe esplicarsi senza una disciplina pubblica che «ne impedisca la riduzione a mera apparenza» ovvero che intervenga per «l'apprestamento di mezzi concreti per il suo esercizio, epperciò si risolve in un diritto a prestazione» (M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1995, fasc. 4-1994/1-1995, 545 ss., 565, il quale sottolinea come ciò non venga facilmente percepito solo perché quelle prestazioni sono talmente connesse al concetto stesso di Stato di diritto da venire comunemente considerate sue precondizioni naturali). Dall'altro, la struttura tipica dei diritti di libertà si può riconoscere in una

categorie[1215] ma, per così dire, le attraversa perpendicolarmente. Ora, volendo attribuire alla norma un contenuto precettivo che vada oltre la mera riproposizione di concetti scontati alla luce delle esperienze costituzionali nazionali (ovvero che le norme della Carta che non conferiscono una posizione giuridica soggettiva immediatamente azionabile hanno bisogno di un intervento regolamentare o legislativo di attuazione)[1216], il primo alinea della norma sembra avere la limitata funzione di sgombrare il campo dalla costruzione, in capo alle istituzioni comunitarie e nazionali, di un vero e proprio obbligo giuridico di attuazione dei principi della Carta[1217]. Tali istituzioni, sembra voler significare la norma, dovranno attuare il contenuto dei principi sociali solo ove esse emanino una specifica regolamentazione della materia che ne costituisce l'oggetto. In questo senso può leggersi il secondo alinea dell'art. II-112.5 Tc, il quale sembra, anche alla luce delle spiegazioni elaborate in proposito dal *Presidium*, escludere che dalla Carta possano derivare degli obblighi prestazionali diversi o ulteriori rispetto a quelli discrezionalmente assunti dalle istituzioni nazionali o comunitarie che si siano attivate per l'attuazione dei principi sociali. Conseguentemente ne risulta smussata la dualità di regime tra i diritti e i principi sociali: se, ai fini della sindacabilità giudiziale di una norma, i diritti possono essere invocati ogni qual volta vi sia un atto comunitario o nazionale di attuazione del diritto dell'Unione, non v'è ragione di ritenere che lo stesso non sia vero anche per i principi[1218]. Per questi ultimi, qualora vi sia un atto comunitario o nazionale che ne costituisca una diretta ed organica attuazione volta ad attribuire ai cittadini determinate prestazioni, vale però la precisazione per cui essi possono essere invocati solo al fine dell'interpretazione o del controllo della legalità di tali atti ma non al fine di introdurre giudizialmente ulteriori prestazioni[1219]. Definita la portata normativa della disposizione, assai incerto rimane comunque il suo ambito di applicazione. Quali norme della Carta costituiscono veri diritti e quali meri principi[1220]? Le spiegazioni dell'articolo in questione predisposte dal *Presidium* non

---

moltitudine di diritti pure unanimemente considerati sociali, come il diritto alla salute e, con maggiore evidenza intuitiva, la libertà sindacale e il diritto di sciopero, ma anche il diritto alle ferie, al riposo, a condizioni di lavoro eque e sane, alla giusta retribuzione. Il riconoscimento positivo di tali diritti ne comporta l'immediata applicabilità, che si sostanzia nell'obbligo di assicurarne il rispetto da parte di tutti i cittadini senza che l'ordinamento debba predisporre specifici interventi organizzativi di attuazione, se non con le stesse modalità previste per i diritti di libertà (v., in merito, A. Baldassarre, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 30-32, che distingue tra diritti sociali di libertà, diritti sociali incondizionati e diritti sociali condizionati, precisando, comunque, come nemmeno questi ultimi possano essere visti come meri principi programmatici indirizzati alla discrezionalità del legislatore ma conservino la struttura di veri e propri diritti quando espressamente garantiti da una fonte superiore alla legge).

[1215] Così come le spiegazioni elaborate dal *Presidium*.

[1216] V., sul punto, M. Rusciano, *Il diritto del lavoro…*, op. cit., 904; V. Onida, *Il problema della giurisdizione*, in E. Paciotti (a cura di), *La costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, 132 ss.

[1217] Questa lettura valorizza uno spunto offerto in tal senso da O. De Shutter, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 192 ss., 193-194.

[1218] In questi termini S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali…*, op. cit., 573, che aggiunge: «In realtà, una volta costituzionalmente affermati, anche i principi sociali fondamentali non possono non essere *sempre e comunque* rispettati e osservati – in sede interpretativa – dal giudice dinanzi al quale siano invocati».

[1219] In sostanza la dualità di regime tra diritti e principi sembra essere stata dettata ai redattori della Carta dalla preoccupazione di arginare le potenzialità creative della Corte di giustizia ed i connessi rischi di un *gouvernement des juges* nel delicato settore delle erogazioni sociali. Cfr., sul punto, S. Gambino, *Diritti fondamentali europei…*, op. cit., 38.

[1220] Va peraltro notato come contro la possibilità di una classificazione delle norme della Carta nelle categorie dei diritti e dei principi militino, da un punto di vista letterale, il fatto che pressoché tutte le disposizioni siano formulate in termini di diritti nonché, da un punto di vista sistematico, il principio di indivisibilità intorno al quale è organizzata la Carta («l'affermazione che i valori sui cui l'Unione si fonda sono indivisibili, oltre che universali, non è compatibile con quella che alcuni dei diritti che da tali valori discendono

provano nemmeno a fornire una elencazione delle norme della Carta da includere nell'una o nell'altra classe[1221], ma si limitano a citare, a titolo esemplificativo, gli artt. II-85, II-86 e II-97 Tc come espressivi della categoria dei principi. Le norme richiamate (rispettivamente dedicate ai diritti degli anziani, all'inserimento dei disabili e alla tutela dell'ambiente) presentano, in effetti, formulazioni talmente generiche da impedire all'interprete di identificare un qualsivoglia contenuto positivo; inoltre, il fatto che l'esemplificazione proposta sia accompagnata dalla ulteriore precisazione che le due categorie dei diritti e dei principi possono sovrapporsi, in quanto «in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto che di un principio» sembra sollecitare l'interprete a considerare, ai fini dell'operazione classificatoria, il contenuto delle disposizioni caso per caso. Sembrerebbe di poter affermare, allora, che i diritti soggettivi immediatamente azionabili rientrino nella prima categoria, mentre le norme che dettano degli orientamenti talmente generali da non consentire l'individuazione di un preciso contenuto precettivo (soggetti, condizioni, natura ed entità della tutela) nella seconda. In tal modo, tuttavia, resta inevaso il principale problema: le disposizioni che configurano delle situazioni giuridiche soggettive ben definite – ma che per essere azionate hanno comunque bisogno di un intervento di attuazione da parte del legislatore – sono diritti o principi[1222]? Anche per queste ultime, nonostante in alcuni casi la formulazione predefinisca in modo dettagliato il contenuto degli interventi comunitari e nazionali di attivazione, vale l'esclusione dell'obbligo di attuazione legislativa ovvero della possibilità di estensione giurisprudenziale? Sembra chiaro, a questo punto, che una risposta a tali interrogativi potrebbe essere data solo dalla Corte di Giustizia, col risultato paradossale che a quest'ultima resterebbe attribuito il compito di definire il campo di applicazione di una norma preordinata proprio a limitare la discrezionalità e i rischi di indebite ingerenze da parte dei giudici.

Il par. 6 dell'art. II-112 Tc, poi, precisa che «si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali». La disposizione, nel contesto della definizione a livello comunitario dei diritti civili e sociali fondamentali, sembra rappresentare l'esigenza di salvaguardare il ruolo degli ordinamenti nazionali nello stabilire modalità e condizioni di esercizio dei diritti, ma non sino al punto di costituire un rinvio generale ed assoluto alla potestà normativa degli Stati membri nel definire l'intera portata dei diritti stessi[1223]. In tale ultimo senso, infatti, la norma striderebbe con la *ratio* della Carta e con la riserva di legge disposta dal par. 1 dello stesso articolo: frantumando la faticosa unità conseguita a livello europeo dai diritti fondamentali sanciti dalla Carta (e in particolare dai diritti sociali) nei mille rivoli delle legislazioni e delle pratiche adottate in materia dagli Stati membri, l'art. II-112.6 Tc finirebbe per frustrare completamente il senso stesso della redazione del catalogo. La norma, a ben guardare, sembra comunque immune da tali rischi. La disposizione, infatti, prosegue e precisa: «come specificato nella presente Carta». Pertanto l'art. II.112.6 Tc, al più, dovrebbe interpretarsi come una disposizione volta a riproporre (senza generalizzarla)[1224] una indicazione già contenuta in numerose norme sociali della Carta, e dunque l'esito del rinvio

---

corrispondano a principi liberamente disponibili dal legislatore», così C. Pinelli, F. Barazzoni, *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*…, op. cit., 39).

[1221] Elencazione cui, invece, il *Presidium* non si è sottratto nell'individuazione delle disposizioni della Carta che devono ritenersi aventi una portata ed un significato identici ai corrispondenti diritti sanciti dalla CEDU (art. II-112.3).

[1222] La risposta è tutt'altro che scontata. Si consideri, al riguardo, il fatto che tra gli esempi di norme che contengono, accanto ai meri principi, un vero diritto, nelle sue spiegazioni il *Presidium* abbia inserito l'art. II-84, dedicato, appunto, a un classico diritto sociale che richiede l'intervento del legislatore: il diritto alla sicurezza e all'assistenza sociale.

[1223] Cfr. O. De Shutter, *La garanzia dei diritti e principi sociali*…, op. cit., 213-214.

[1224] Come emerge con chiarezza, peraltro, dalle spiegazioni del *Presidium*.

sarebbe tutt'altro che scontato, rendendosi necessaria una puntuale valutazione, da un lato, delle diverse formule di volta in volta utilizzate, dall'altro, del contesto normativo nel quale esse si collocano, dall'altro ancora, della funzione – "offensiva" ovvero "difensiva" – caso per caso assunta dal diritto invocato, anche in sede interpretativa.

L'art. II-113 Tc, infine, contiene una clausola generale di grande importanza, diretta ad escludere che la Carta possa essere interpretata nel senso di ledere o limitare i diritti riconosciuti, «nel rispettivo ambito di applicazione», da altre fonti internazionali o nazionali, e in particolare dalle Costituzioni degli Stati membri. La norma mira a garantire i livelli di tutela già esistenti nei diversi ordinamenti, assicurando, in pratica, il carattere di «minimo comune denominatore» dei diritti riconosciuti nella Carta e fugando le preoccupazioni che la sua applicazione possa comportare una regressione dei diritti, anche costituzionali[1225]. Non potendo escludersi, nel campo di applicazione del diritto comunitario, la prevalenza del più basso livello di protezione dei diritti offerto dal catalogo rispetto ai diritti riconosciuti a livello costituzionale da alcuni Stati membri – per effetto del principio della prevalenza del diritto dell'Unione – la disposizione «impone di ricorrere ad una interpretazione dei diritti fondamentali protetti dalla Carta che non pregiudichi né sminuisca il significato dei diritti garantito […] dalle Costituzioni nazionali»[1226].

6. L'impatto dei nuovi diritti sociali fondamentali nella definizione del modello sociale europeo.

Esaminato il contenuto delle disposizioni orizzontali che disciplinano l'applicazione e l'interpretazione della Parte II del Trattato, è possibile avanzare alcune considerazioni circa l'incidenza dei nuovi diritti sociali fondamentali[1227] nell'ordinamento comunitario e negli ordinamenti nazionali.

6.1. In primo luogo essi rilevano come limiti interni all'incontrollata espansione delle libertà mercantili connessa alla costruzione di un mercato unico pienamente concorrenziale. Lo squilibrio tra la dimensione economica e la dimensione sociale della Comunità, determinato da un lato dalla forza autoapplicativa delle norme del Trattato volte alla rimozione delle barriere al commercio ed alla concorrenza transnazionale, dall'altro dalla mancanza di un catalogo comunitario di diritti sociali giuridicamente vincolante, ha infatti progressivamente superato i confini dell'ordinamento comunitario traducendosi in corrispondenti limitazioni per gli assetti economico-sociali degli Stati membri[1228]. Le straordinarie potenzialità egemoniche del diritto comunitario della concorrenza

---

[1225] In questo senso F. Bano, *L'«Europa sociale»…*, op. cit., 833; V. Angiolini, *Carta dei diritti…*, op. cit., *passim* e spec. 929-930. Nel senso, invece, che la previsione in esame confermi questi rischi, v. D. Zolo, *Una "pietra miliare"?*, in *Dir. pub.*, 2001, 1011 ss., 1015-1016; U. De Siervo, *L'ambigua redazione…*, op. cit., 50; in chiave critica v. pure M. Pallini, *Il Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea…*, op. cit., 117 ss., spec. 121-123.

[1226] M. Cartabia, sub *Art. 53*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *Commento alla Carta…*, op. cit., 364-365.

[1227] Ai fini del presente lavoro, non pare necessario soffermarsi dettagliatamente sull'esame del contenuto dei diritti sociali previsti nella Parte II del Trattato, rinviandosi – per quanto non espressamente richiamato – alle esaurienti trattazioni degli Autori citati *supra*, in nt. 11.

[1228] Il tema, ampio e suggestivo, in questa sede non può che essere semplicemente evocato. Per un approfondimento, v. gli studi (ormai da considerarsi classici) di G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail per le Droit de la concurrence*, in *Dr. ouvr.*, 1992, 313 ss.; P. Davies, *Market Integration and Social Policy in the Court of Justice*, in *Ind. Law Jo.*, 1995, 49 ss.; S. Simitis, *Dismantling or Strengthning Labour Law: The Case of European Court of Justice*, ivi, 1996, 1 ss.; M. Poiares Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998; Per la dottrina italiana, v. M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997; Id., *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Dir.*

rispetto ai regimi nazionali di protezione sociale si sono chiaramente manifestate nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, applicando gli artt. 28 ss. e 81 ss. TCE, ha fatto ricorso a nozioni di «misure aventi effetti equivalenti a restrizioni quantitative al commercio tra Stati membri»[1229] e di «attività d'impresa»[1230] talmente estese da ricomprendervi normative nazionali volte, direttamente o indirettamente, a protezione di istanze sociali. In tal modo si è evidenziato non solo che la Corte di Giustizia, nell'interpretazione del diritto comunitario, è sprovvista di un sistema assiologico di riferimento che le consenta di operare un diretto bilanciamento tra esigenze di mercato ed esigenze sociali, ma, soprattutto, che la legittimità comunitaria dei diritti sociali riconosciuti negli Stati membri è assoggettata ad una stringente valutazione di merito sulla base della razionalità economica delle previsioni e nei limiti delle clausole derogatorie stabilite nel Trattato stesso, con conseguente traslazione dal livello costituzionale/legislativo nazionale a quello comunitario della verifica del bilanciamento realizzato tra esigenze del libero commercio ed esigenze sociali[1231].

---

lav. rel. ind., 1999, 35 ss.; M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, spec. 49 ss.; P. Ichino, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, 635 ss.; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 586 ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003; V. Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà?*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2005, I, 319 ss.; M. Pallini, *Nuova Costituzione economica e tutela del lavoro: profili sistematico-istituzionali*, Roma, 2005.

[1229] Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1989, causa 145/88, *Torfaen Borogh Council c. B & Q plc*, in *Racc.*, 1989, 3851 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 28 febbraio 1991, causa C-312/89, *CGT de L'Aisne c. Conforma*, in *Racc.*, 1991, I-997 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 28 febbraio 1991, causa C-332/89, *Procedimento penale c. A. Marchandise e altri*, in *Racc.*, 1991, I-1027 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 16 dicembre 1992, causa C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council c. B & Q plc*, in *Racc.*, 1992, I-6635 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 2 giugno 1994, cause riunite C-69/93 e C-258/93, *Punto Casa S.p.a. c. Comune di Capena*, in *Racc*. 1994, I-2355 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 2 giugno 1994, cause riunite C-401/92 e C-402/92, *Procedimenti penali c. Tankstation 't Heutske vof e J.B.E. Boermans*, in *Racc.*, 1994, I-2199 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 20 giugno 1996, cause riunite C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-18/94, C-23/94, C-24/94, C-332/94, *Semeraro Casa Uno s.r.l. e altri c. Sindaco del Comune di Erbusco e altri*, in *Racc.*, 1996, I-2975 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Repubblica Francese*, in *Racc.*, 1997, I-6959 ss..

[1230] Corte di Giustizia, sentenza del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, in *Racc.*, 1991, I-5889 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *Regie des Télégraphes et des Téléphones RTT c. GB-Inno BM*, in *Racc.*, 1991, I-5941 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Regie des Postes c. Paul Corbeau*, in *Racc.*, 1993, I-2533 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo c. Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.*, 1994, I-1477 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron GmbH*, in *Racc.*, 1991, 1979 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, in *Racc.*, 1997, I-7119 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet c. Assurances Générales de France e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*; *Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans*, in *Racc.*, 1993, I-637 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie, Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agricolteurs c. Ministre de l'Agriculture et de la Peche*, in *Racc.*, 1995, I-4013 ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *Racc.*, 1999, I-5751 ss.

[1231] Determinando, dato il contesto normativo del Trattato, un «naturale» assoggettamento delle seconde alle prime: in questi termini S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato…*, op. cit., 190. Va peraltro aggiunto che il fenomeno evidenziato è potenzialmente (e pericolosamente) idoneo ad investire anche le normative interne di attuazione del diritto comunitario derivato, come dimostra Corte di Giustizia, sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 271 ss., con nota di M.M. Mutarelli, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*; in *Giust. civ.*, 2005, I, 2592 ss., con nota di V. Brino, *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*; in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2006, II, 40 ss., con nota di M. Pallini, *Diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*.

L'incorporazione della Carta di Nizza nel Trattato, da questo punto di vista, rappresenta indubbiamente una svolta[1232].

Con essa, infatti, non solo si ridefinisce e si riempie di contenuti la struttura assiologica della Comunità (nel contesto dei nuovi valori ed obiettivi tracciati dagli artt. I-2 e I-3 Tc), ma si pongono limiti precisi ai rischi (connessi all'integrazione negativa[1233]) di riduzione degli *standards* di tutela sociale già riconosciuti negli Stati membri. Si tratta, evidentemente, di una funzione difensiva, definita plasticamente «effet d'obstacle»[1234], dei diritti sociali, rispetto alla quale non operano in senso impediente né l'efficacia verticale della Carta, né la sfasatura tra competenze comunitarie e diritti fondamentali, né la distinzione tra diritti e principi. Quanto ai rinvii alle legislazioni e prassi nazionali, poi, essi sono destinati a rinforzare tale effetto, nella misura in cui impediscono una interpretazione volta a (re)introdurre una soglia (basata sulla Carta) meramente comunitaria di legittimità degli interventi protettivi nazionali[1235]. In questo senso può dirsi che il riconoscimento dei diritti sociali fondamentali non solo restituisce alle esigenze sociali (e al diritto del lavoro in particolare) alcune delle reti di sicurezza che si rinvengono usualmente negli ordinamenti nazionali, ma riconsegna agli Stati membri più ampi margini di sovranità sociale: il riconoscimento, sotto forma di diritti fondamentali, di interessi diversi da quelli sottesi al libero scambio ed alla concorrenza, sottrae la dimensione sociale nazionale alla necessità di una giustificazione con strumenti di razionalità economica estranei alla propria ragion d'essere[1236].

6.2. In secondo luogo, i diritti sociali sanciti nel Trattato costituzionale incidono *positivamente* sull'esercizio delle competenze attribuite all'Unione europea, contribuendo in via diretta a definire i contorni del modello sociale europeo. Le istituzioni dell'Unione, infatti, risultano vincolate non solo, in generale, dai nuovi obiettivi e valori comunitari, ma specificatamente, come si è detto, dalla necessità di dover garantire – in tutte le loro attività e in particolare nell'emanazione di atti normativi – i diritti fondamentali dei cittadini sanciti nella Carta. Le conseguenze dell'incorporazione della Carta, allora, ben si possono apprezzare con riguardo all'esercizio delle competenze legislative comunitarie in materia di politica sociale.

Attualmente la disciplina contenuta nell'art. 137.2, lett. *b*), TCE abilita il Consiglio ad adottare, in una serie di settori sociali – non coincidenti per difetto con quelli di generica competenza concorrente comunitaria stabiliti dal par. 1 dello stesso articolo – atti normativi contenenti «prescrizioni minime applicabili progressivamente». Atteso che il carattere *minimale* va inteso non in senso contenutistico ma piuttosto come limite di inderogabilità posto al legislatore nazionale[1237], come

---

1232 Cfr. F. Bano, *L'«Europa sociale»*..., op. cit., 829-830.

1233 F.W. Scharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Bologna, 1999.

1234 A. Lyon-Caen, *The Legal Efficacy and Significance of Fundamental Social Rights: Lessons from the European Experience*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, 2002, 182 ss.

1235 Sembra possibile, dunque, fornire una risposta rassicurante alle preoccupazioni espresse da M. Pallini, *Il Trattato costituzionale europeo*..., op. cit., spec. 125-129.

1236 Cfr. F. Bano, *L'«Europa sociale»*..., op. cit., 829-830; S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali*..., op. cit., 580 ss.

1237 Che tali prescrizioni minime debbano essere intese non nel senso dell'intensità della tutela (cioè come protezione sociale essenziale, minimo comune denominatore nei diversi Paesi) ma piuttosto come un limite inderogabile posto ai legislatori nazionali, sembra, in realtà, potersi dedurre già dalla previsione di una loro applicazione progressiva, evidentemente basata sulla preoccupazione di evitare repentine alterazioni regolative in grado di squilibrare gli assetti nazionali. Se la norma si dovesse intendere in senso contenutistico, infatti, non vi sarebbe ragione di prefigurarne una applicazione graduale, non solo perché la gradualità presuppone una

emerge anche dalla previsione – contenuta nello stesso art. 137.4, secondo trattino, TCE – in forza della quale gli atti adottati «non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure (…) che prevedano una maggiore protezione»[1238], la norma non garantisce in alcun modo la tutela, sul piano dei contenuti, dei diritti sociali fondamentali. L'attività regolativa del Consiglio, per quanto non debba necessariamente limitarsi ad un contenuto protettivo minimale e per quanto non obblighi gli Stati membri a modificare in senso regressivo la normativa interna, resta infatti sostanzialmente libera negli approdi. Né ad indirizzare *contenutisticamente* l'esercizio delle competenze legislative in materia sociale può soccorrere la funzionalizzazione, operata dal par. 1 dello stesso art. 137 TCE, agli obiettivi sociali enucleati dall'art. 136 TCE, ovvero «la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'esclusione». Innanzitutto da questa elencazione non è possibile inferire un dovere giuridico, a carico delle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle proprie competenze, di garantire alcun diritto sociale. Gli obiettivi, poi, che dalla norma sono posti come equiordinati, possono in concreto rivelarsi non solo divergenti ma addirittura contraddittori, ove si tenga presente (con riferimento, ad esempio, alla promozione dell'occupazione ed al miglioramento delle condizioni di vita e del lavoro) «l'implicazione bidirezionale sussistente fra propensione all'incremento occupazionale e grado di protezione inderogabile del lavoro subordinato, per le rigidità ed i costi crescenti che quest'ultimo comporta per le imprese, man mano che il livello anelastico di tutela si innalza»[1239]. L'art. 136 TCE, pertanto, conferma appieno l'ampia discrezionalità attualmente a disposizione del Consiglio nell'esercizio delle competenze legislative nei settori sociali[1240], né in senso contrario

---

dimensione ascensionale incompatibile con una concezione della tutela come *plafond* minimale, ma anche perché gli Stati non avrebbero ragione di temere alcuna alterazione regolativa (va peraltro rilevato come alla stessa conclusione giunga chi configura l'avverbio "progressivamente" non nel senso di "gradualmente" ma piuttosto come sinonimo della locuzione "nel progresso" o "in una prospettiva di progresso", cfr. G. Ricci, *La direttiva sull'orario di lavoro dinanzi alla Corte di Giustizia: molte conferme ed una sola (superflua) smentita*, in *Foro it.*, 1996, IV, cc. 280 ss., c. 288, nt. 20, nonchè G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. I, Milano, 1998, 129. Questa interpretazione, tuttavia, risente della lettura del Trattato nel solo testo italiano: la versione inglese, infatti, si riferisce esplicitamente a «minimum requirements for gradual implementation»). Ogni dubbio al riguardo, comunque, è stato fugato dalla Corte di Giustizia, la quale ha respinto una interpretazione restrittiva statuendo che la norma «non pregiudica l'intensità dell'azione necessaria per assolvere il compito che la disposizione controversa le assegna espressamente» e «non limita l'intervento comunitario al minimo comune denominatore, ovvero al più basso livello di tutela fissato dai diversi Stati membri», Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, I-5755 ss., rispettivamente punti 17 e 56. La sentenza richiamata, invero, venne resa in relazione alle disposizioni contenute nel testo previgente (art. 118A TCEE), che tuttavia sono rimaste invariate nelle versioni successive del Trattato. V., sul punto, anche Corte di Giustizia, *Parere* del 19 marzo 1993, n. 2/91, in *Racc.*, 1993, 1067 ss., nonché in *Foro it.*, 1994, IV, c. 4 ss., con nota di F. Martines, *Sulla competenza comunitaria a concludere convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro*.

[1238] Quest'ultima disposizione, invero, sembra raccordarsi in modo lineare con la norma sulle prescrizioni minime, confermando l'interpretazione dell'art. 137, nel combinato disposto dei parr. 2 e 4, come norma che affida agli atti del Consiglio l'individuazione di un livello minimo di tutele inderogabile *in peius* ma pienamente compatibile con disposizioni di maggior favore previste dalle legislazioni nazionali. In questo senso, U Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di* favor *e di* non regresso *nelle direttive sociali*, in WP CSDLE., n. 64/2005.

[1239] G. Dondi, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di protezione sociale: quali condizionamenti per l'ordinamento giuslavoristico nazionale?*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, 2005, t. I, 137 ss., 146.

[1240] Anzi, «dalla necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità» (art. 136.2 TCE; art. III-209.2 Tc) sembra di poter desumere un limite in senso contrario, volto cioè a salvaguardare, nell'esercizio delle competenze sociali comunitarie, le *performances* economiche della Comunità, implicitamente intese in una prospettiva di competizione esterna.

può argomentarsi dai riferimenti alla Carta sociale europea del 1961 ed alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, pure in quella sede contenuti: troppo indiretta è la connessione con l'esercizio delle competenze legislative comunitarie, e troppo vaga la lettera della formulazione, che non impone alla Comunità ed agli Stati membri il dovere di rispettare (tanto meno di attuare) i diritti sociali riconosciuti nei cataloghi richiamati, ma solo di *tenerli presenti*.

L'incorporazione della Carta è, di per sé[1241], idonea a modificare questa situazione.

Successivamente all'entrata in vigore del Trattato costituzionale, infatti, le istituzioni dell'Unione, pur restando libere di attivare le competenze legislative in materia sociale, se attiveranno tali competenze dovranno esercitarle in conformità ai diritti sociali sanciti nella Carta, i quali per tal via sono idonei a determinare i contenuti minimali degli interventi legislativi comunitari. Questa conclusione dovrebbe valere (almeno) per i (veri) diritti, in considerazione della diversa disciplina dettata per i (meri) principi sociali dall'art. II-112.5 Tc[1242].

Ove, poi, tale ultima distinzione si interpretasse come un implicito riconoscimento di un vero e proprio obbligo giuridico di attuazione dei (veri) diritti sociali[1243], se ne dovrebbe desumere una doppia limitazione a carico del Consiglio, vincolato non solo con riferimento al *quomodo* dell'esercizio delle competenze legislative, ma anche con riferimento all'*an*. Spingendosi a configurare un obbligo di intervento del legislatore comunitario ogni qual volta un (vero) diritto sociale riconosciuto nella Carta rientrasse nelle competenze legislative comunitarie ma fosse ancora privo di disciplina, affiorerebbe quindi la possibilità, in caso di omesso intervento del Consiglio, di ricorrere *in carenza* dinanzi alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. III-367 Tc[1244].

6.3. In terzo luogo deve essere esaminata la capacità dei diritti sociali riconosciuti nella Carta incorporata nel Trattato di modificare in senso positivo gli ordinamenti nazionali. Si tratta, ovviamente, di un aspetto decisivo ma, com'è noto, anche la dottrina più incline a riconoscere le potenzialità sociali insite nel nuovo Trattato è prevalentemente orientata nel senso di negare alla Carta di Nizza – nonostante le prospettive aperte dalla sua incorporazione nel Trattato costituzionale – una effettiva capacità di incidere in senso progressivo sugli assetti sociali degli Stati membri: troppo alte sono le barriere opposte in tal senso dalle clausole orizzontali, che proprio per questo sono state ampiamente criticate[1245]. Tuttavia non sono mancati tentativi ricostruttivi di segno diverso, volti ad affermare la rilevanza propulsiva del Trattato costituzionale verso la

---

[1241] Infatti il contenuto degli artt. 136 e 137 TCE è ripreso negli artt. III-209 e III-210 Tc senza sostanziali modifiche, per quanto qui rileva.

[1242] Come si è detto *supra*.

[1243] Secondo la prospettiva problematicamente già avanzata, v. *supra*.

[1244] Al fine di innervare di maggiore realismo tale prospettiva, va ricordato come la Corte di Giustizia abbia sanzionato, a seguito di un ricorso in carenza promosso dal Parlamento Europeo, l'omissione da parte del Consiglio dell'adozione di alcuni atti dovuti nell'ambito della politica comune dei trasporti: Corte di Giustizia, sentenza del 22 maggio 1985, causa 13/83, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, 1985, 1513 ss. Per un rapido esame dei soggetti legittimati, dei presupposti oggettivi e dello svolgimento della procedura del ricorso in carenza (attualmente contemplato dall'art. 232 TCE), v. T. Ballarino, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2001, 154-158 (ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

[1245] V., ancora recentemente, R. Greco, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* 2006, I, 519 ss., spec. 522-523; C. Vigneau, *La Costituzione europea*…, op. cit., *passim*.

definizione di un assetto sociale europeo in grado di incidere in senso costruttivo sugli ordinamenti nazionali[1246]. Nelle righe che seguono, che si collocano consapevolmente all'interno di una prospettiva volta a esplorare e valorizzare ogni elemento offerto in proposito dal Trattato, si cercherà di fornire qualche spunto di analisi circa le potenzialità dei diritti sociali riconosciuti nella Parte II a positivizzare, sia pure parzialmente, un modello sociale europeo valido anche per gli Stati membri.

Il più rilevante ostacolo, ai fini della configurazione di un impatto dei nuovi diritti sociali europei sugli ordinamenti nazionali, sembra essere costituito dall'art. II-111.1 Tc. Come già si è detto, tale norma, che stabilisce il campo d'applicazione soggettivo ed oggettivo dei diritti sanciti nella Carta, dispone che gli Stati membri risultano tenuti al rispetto della Carta non in ogni segmento delle proprie attività ma «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»[1247]. Questa precisazione, intesa come volta a restringere l'efficacia della Carta nei confronti degli Stati membri esclusivamente nell'adempimento degli obblighi di esecuzione (in senso stretto)[1248] connessi alla fase discendente del diritto dell'Ue, è alla base della lettura secondo cui «la Carta dei diritti fondamentali potrebbe servire a contestare la legalità di una norma nazionale soltanto quando si dimostri che essa attua il diritto dell'Unione»[1249]. Della ineluttabilità di una simile interpretazione, tuttavia, si può dubitare. Essa, infatti, non pare coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, definendo la propria competenza ai fini del sindacato delle normative nazionali sul terreno del rispetto dei diritti fondamentali (principi generali del diritto comunitario), ha in numerose occasioni statuito nel senso del superamento del mero ambito delle attività nazionali di esecuzione per abbracciare quegli interventi normativi nazionali che, non costituendo una attuazione in senso stretto del diritto comunitario, producono limitazioni di diritti garantiti nell'ordinamento europeo ovvero, in funzione di esigenze imperative invocate dagli Stati membri, restrizioni a libertà fondamentali garantite dal Trattato[1250]. Inoltre, in più di una circostanza, i giudici di Lussemburgo hanno evocato, pur senza definirne in maniera precisa i contorni, la nozione di «campo di applicazione» del diritto comunitario, così denominando lo spazio entro il quale le normative nazionali restano assoggettate allo scrutinio della Corte in tema di diritti fondamentali, utilizzando una terminologia che si manifesta volutamente più sfumata e maggiormente aperta ad interpretazioni evolutive rispetto allo stretto ambito di attuazione statale degli obblighi comunitari[1251]. Da

---

[1246] Cfr., in un contesto argomentativo diverso, S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali…*, op. cit., 582 ss., nonché B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro…*, op. cit., 74 ss.

[1247] Già i primi commentatori hanno segnalato le grandi incertezze applicative di una disposizione di tal fatta, date «le difficoltà crescenti di distinguere un diritto dell'Unione da un diritto nazionale, essendo innumerevoli le compenetrazioni tra i due livelli», così A. Manzella, *Dal mercato ai diritti…*, op. cit., 41.

[1248] In questo senso, per tutti, v. S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali…*, op. cit., 81 ss.

[1249] Così, C. Vigneau, *La Costituzione europea…*, op. cit., 129.

[1250] Per un approfondito esame di tale giurisprudenza, v. N. Napoletano, *La nozione di «campo di applicazione del diritto comunitario» nell'ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, 679 ss.; A. Ferraro, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2003, 1355 ss.; J.H.H. Weiler, *La Costituzione…*, op. cit., 200-213; nonché, naturalmente, K. Lanaerts, *Fundamental rights in the European Union*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, 575 ss., spec. 590 ss.

[1251] V. Corte di Giustizia, sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorasi AE (ERT) c. Dimotiki Etaira Pliroforissis e Sotirios Kouvelas,* in *Racc*., 1991, I-2925 ss., punto 42; Corte di Giustizia, sentenza 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e a*., in *Racc*. 1991, I-4685 ss., punto 31; Corte di Giustizia, sentenza 29

questo punto di vista, in mancanza di una espressa revisione delle norme del Trattato che individuano le competenze della Corte di Giustizia, il riferimento all'«ambito di *attuazione* del diritto dell'Unione» introdotto dall'art. II-111.1 Tc sembra inidoneo ad indirizzare i giudici di Lussemburgo entro binari che ne limitino in futuro la tendenza verso la progressiva espansione del proprio raggio d'azione in tema di diritti fondamentali: non solo il termine adoperato conserva un grado di ambiguità che impedisce di riferirlo univocamente agli obblighi nazionali di esecuzione in senso stretto[1252] ma, soprattutto, la potenziale discontinuità tra la nuova nozione (ambito di attuazione) e quella già adoperata dalla Corte di Giustizia (ambito di applicazione) è smentita dalle spiegazioni elaborate in proposito dal *Presidium* che ha redatto la Carta, le quali, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte, finiscono all'opposto per valorizzare la linea di continuità tra le due nozioni[1253]. Certo, svalutando il valore esplicativo delle spiegazioni del *Presidium*, potrebbe invece sostenersi l'autonomia e la discontinuità della nuova nozione di cui all'art. II-111.1 Tc, con conseguente attitudine di quest'ultima a definire, regressivamente, uno spazio di efficacia dei diritti fondamentali della Parte II meno esteso rispetto a quello sinora tratteggiato dalla Corte di Giustizia nella tutela pretoria dei diritti fondamentali. Non può sfuggire, tuttavia, l'esito paradossale di una tale conclusione: la Corte dovrebbe ritenersi investita di margini di intervento più ristretti per garantire la tutela di diritti fondamentali espressamente positivizzati rispetto a quelli sinora utilizzati per garantire la tutela di diritti dedotti in via interpretativa come principi generali, e ciò a dispetto anche delle indicazioni desumibili dal nuovo art. I-9 Tc, di cui già si è detto. Inoltre non potrebbe nemmeno escludersi una progressiva divaricazione che conduca all'applicazione giudiziale di un duplice regime in parallelo: da un lato i diritti fondamentali riconosciuti nella Carta (nell'ambito di attuazione), dall'altro i principi generali (nell'ambito di applicazione). Dunque, sulla base delle considerazioni sin qui svolte, sembra verosimile ritenere che l'art. II-111.1 Tc non inibirà la Corte di Giustizia dal riconoscere l'efficacia della Carta ove la questione sottoposta al suo esame esuli dagli obblighi nazionali di esecuzione in senso stretto, purché, beninteso, sia possibile affermarne la ricaduta «nell'ambito di applicazione» del diritto comunitario[1254].

In questo senso i margini di manovra a disposizione dei giudici di Lussemburgo sono decisamente ampi, potendosi ritenere che nell'ambito di applicazione del diritto comunitario rientrino tutte le normative nazionali collegate *ratione materiae* alle competenze comunitarie, ancorché non esercitate[1255]. Se è vero che la Corte di Giustizia non si è spinta sino ad oggi ad una simile affermazione,

---

maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, in *Racc*., 1997, I-2629 ss., punti 15 e 16; Corte di Giustizia, sentenza del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi c. Sindaco del Comune di Guidonia e a*., in *Racc*., 1997, I-7493, punto 13.

[1252] Come, pur sostenendo una diversa tesi ricostruttiva, riconosce S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali…*, op. cit., 85-86.

[1253] Particolarmente significativo è, in quell'ambito, l'esplicito riferimento alle sentenze *ERT* e *Annibaldi*. Né a conclusioni diverse può condurre la nuova citazione giurisprudenziale aggiunta dal *Presidium* della Convenzione europea in sede di aggiornamento delle spiegazioni: pur facendosi - nel brano maliziosamente inserito - riferimento alla *esecuzione* (e non all'*applicazione*) del diritto comunitario, è sufficiente scorrere per intero la pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson*, in *Racc*., 2000, I-2737 ss.) per rendersi conto che l'estrapolata affermazione della Corte non era volta in alcun modo ad avvalorare interpretazioni restrittive del campo di intervento della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali.

[1254] In tal senso, peraltro, può leggersi il secondo alinea dell'art II-111.1 Tc, che si ricollega consequenzialmente al primo: «*Pertanto*, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le *rispettive competenze* e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nelle altre parti della Costituzione» (corsivo aggiunto). Il riferimento alle competenze nazionali avrebbe un rilievo pleonastico se il dovere di rispettare le previsioni della Carta dovesse per gli Stati ritenersi limitato all'esecuzione in senso stretto del diritto dell'Unione.

[1255] È questa la conclusione cui perviene N. Napoletano, *La nozione di «campo di applicazione del diritto comunitario»…*, op. cit., 702.

è anche vero che essa ha sempre evitato accuratamente di pronunciarsi in termini che potessero precludere un tale sviluppo, la cui opportunità o necessità non si è sinora compiutamente manifestata essendo l'area di sovrapposizione tra competenze comunitarie ed esigenze di tutela a livello nazionale di diritti fondamentali comunitari assai ridotta per effetto della limitatezza del catalogo di diritti attualmente riconosciuti a livello europeo e della loro pressoché generale coincidenza con diritti fondamentali ampiamente già garantiti all'interno degli ordinamenti nazionali. Ora, nonostante l'incorporazione della Carta di Nizza non sia idonea a colmare la strutturale assenza (confermata nel Trattato costituzionale) di una autonoma base giuridica a livello comunitario per la tutela dei diritti fondamentali e dunque non sia sufficiente per affermare l'esistenza di un obbligo degli Stati membri di rispettarne in via generale il contenuto, il riconoscimento dell'ampio catalogo inserito nella Parte II del Trattato costituzionale porta con sé una inevitabile estensione proprio di questa area di sovrapposizione, con conseguente ampliamento delle possibilità di intervento da parte dei giudici europei (sia pure) nel pieno rispetto dei limiti delle esistenti competenze comunitarie[1256]: «l'ambito di applicazione della Carta verrebbe così a coprire unitariamente tutte le attività di competenza dell'Unione (…) senza riguardo al fatto che il singolo atto sia imputabile ad una istituzione europea o ad un organo nazionale»[1257].

Questa lettura, beninteso ove espressamente fatta propria dalla Corte di Giustizia[1258], produrrebbe conseguenze particolarmente significative proprio in relazione ai diritti sociali. Infatti, poiché l'art. I-14 Tc individua tra i settori di competenza concorrente dell'Unione quello della politica sociale di cui agli artt. III-209 ss. Tc, immediata efficacia anche a livello nazionale andrebbe riconosciuta a tutti quei diritti sociali – sanciti nella Parte II del Trattato – che ricadono nell'ambito di tali settori di intervento dell'Unione (più estesi rispetto a quelli per i quali è prevista una competenza legislativa in senso stretto, come confermato dall'art. III-210.2 Tc)[1259]. Tra questi, ad esempio, sembrerebbero potersi annoverare il diritto dei lavoratori alla informazione e consultazione (art. II-87 Tc, già art. 27 della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *e*), Tc), il diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. II-90 Tc, già art. 30 della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *d*), Tc), il diritto riconosciuto ai lavoratori extracomunitari di lavorare in condizioni di parità rispetto ai colleghi comunitari (art. II-84.3 Tc, già art. 15.3 della Carta di Nizza, rientrante

---

[1256] Si noti come tale prospettiva, da un lato, sia compatibile con le precisazioni contenute nelle clausole orizzontali volte a evitare qualunque effetto di *spill over* in materia di competenze, dall'altro, non comporti l'adesione alla radicale interpretazione fatta propria dalla Commissione, secondo cui gli Stati membri sarebbero destinatari delle previsioni della Carta nella misura in cui agiscano nella sfera giuridica dell'Unione, con conseguente obbligo di rispettare i diritti ivi sanciti nello svolgimento di tutte le attività riconducibili ai tre pilastri dell'Unione (cfr. Commissione europea, *Comunicazione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2000)559 def. del 13 settembre 2000, parr. 11 e 30).

[1257] Così M. Cartabia, sub *Art. 51*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*…, op. cit., 349. Cfr. G. Gaja, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Dir. uomo*, 2003, 6 ss.

[1258] Nella direzione indagata, le tendenze espansioniste della giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali hanno trovato una conferma nella recente affermazione della Corte di Giustizia, ordinanza del 6 ottobre 2005, causa C-328/04, *Procedimento penale a carico di A. Vajnai*, punto 13, secondo cui «la Corte non ha tale competenza se la normativa nazionale non si colloca nell'ambito del diritto comunitario *e l'oggetto della controversia non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato*» (enfasi aggiunta).

[1259] Ovviamente, anche in tale prospettiva, la sfasatura tra diritti sociali e competenze determinerebbe conseguenze irrimediabili per quei diritti sociali che, pur riconosciuti nella parte II del Trattato, permangono al di fuori delle competenze sociali comunitarie. Come plasticamente ribadisce il nuovo art. III.210.6 Tc, il diritto alla retribuzione, il diritto di associazione sindacale e il diritto di sciopero (sanciti dagli artt. II-91, II-62 e II-88 Tc), sarebbero norme, destinate a permanere su di un piano sostanzialmente velleitario (al riguardo, però, v. le più "possibiliste" considerazioni di B. Bercusson, *Contributo*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea*…, op. cit., 135 ss., spec. 137, e B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro*…, op. cit., 76-78).

nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *g*), Tc), il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. II-91.1 Tc, già art. 31.1, della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *a*) e *b*), Tc), il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri, settimanali e a ferie annuali retribuite (art. II-91.2 Tc, già art. 31.2 della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *b*), Tc), il diritto a servizi di collocamento gratuiti (art. II-89 Tc, già art. 29 della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *c*), *h*) e *j*) Tc), il diritto all'accesso (esteso anche ai lavoratori extracomunitari) a prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali (art. II-94 Tc, già art. 34 della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-210.1, lett. *c*), *h*), *j*) e *k*), Tc), cui dovrebbe aggiungersi il diritto di accedere ai servizi di interesse economico generale (art. II-96 Tc, già art. 36 della Carta di Nizza, rientrante nelle competenze comunitarie per effetto dell'art. III-122 Tc). Le norme segnalate sarebbero, così, tutte da ritenersi pienamente efficaci a partire dal momento dell'entrata in vigore del Trattato ed idonee, pertanto, a solidificare la struttura di un modello sociale europeo di (necessario) riferimento anche per gli assetti nazionali. In senso contrario non varrebbero i rinvii alle legislazioni e prassi nazionali, ritualmente disposti in numerose disposizioni sociali: ribadendo qui quanto già detto in precedenza, tali rinvii, nel contesto del nuovo Trattato, mutano di senso, rivelandosi inidonei a sganciare gli Stati membri dalle responsabilità conseguenti ai valori (art. I-2 Tc) e agli obiettivi (art. I-3 Tc) dell'Ue, anche in forza dell'obbligo generale di esecuzione imposto dall'art. I-5.2 Tc. In sostanza, per effetto dell'incorporazione della Carta e della sua equiordinazione con le altre parti del Trattato, i riferimenti alle legislazioni e prassi nazionali devono intendersi come una mera salvaguardia delle potestà nazionali di stabilire solo il *quantum* delle tutele, non già l'*an*[1260]. Né, sempre in senso contrario, potrebbe argomentarsi dall'efficacia meramente verticale che, come si è visto, caratterizza la Carta dei diritti. Innanzitutto, tale profilo non inficia la diretta azionabilità dei diritti sociali che la Carta garantisce senza ulteriori mediazioni[1261]. Si tratta di quei diritti che per la loro attuazione prescindono dall'interposizione del legislatore nazionale. Tra quelli esaminati appartengono a tale categoria, inerendo a rapporti giuridici istaurati dalla manifestazione libera di autonomia privata, il diritto riconosciuto ai lavoratori extracomunitari di lavorare in condizioni di parità, il diritto a condizioni di lavoro sane sicure e dignitose, il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, al riposo e alle ferie. Pur avendo a oggetto una prestazione positiva, ovvero la condotta di un soggetto diverso dal titolare del diritto, essi afferiscono automaticamente al rapporto considerato dall'ordinamento comunitario e sono, pertanto, direttamente invocabili innanzi al giudice nazionale. Quest'ultimo, data la prevalenza del diritto dell'Unione, dovrà disapplicare la norma nazionale in contrasto e, nell'ipotesi in cui sia altresì necessaria la determinazione del contenuto delle prestazioni cui tali diritti danno titolo, potrà anche procedere ad una determinazione delle stesse, nei limiti dell'ordinaria discrezionalità valutativa che l'ordinamento nazionale gli riconosce[1262]. Inoltre, ci si potrebbe spingere sino al punto da ritenere che l'efficacia verticale dei diritti riconosciuti nella Carta non pregiudichi completamente nemmeno l'attuazione dei diritti che invece

---

[1260] La ricostruzione proposta porta a ritenere che sarà la Corte di Giustizia, ove le tutele promosse al livello nazionale siano tanto ridotte nel *quantum* da ripercuotersi sull'*an*, ad individuare – con i consueti canoni di ragionevolezza – il contenuto minimo garantito dalla Carta dei diritti.

[1261] Cfr. G. Gaja, *L'incorporazione della Carta…*, op. cit., 6-7.

[1262] In questi termini S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali…*, op. cit., 586.

presuppongono l'intervento del legislatore, come ad esempio il diritto dei lavoratori alla informazione e consultazione, il diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto a servizi di collocamento gratuiti, il diritto all'accesso a prestazioni di sicurezza sociale. Infatti, salvo a voler disconoscere completamente (nonostante la loro piena incorporazione nel diritto primario dell'Ue *ex* art. I-9 Tc) il rilievo normativo delle pertinenti disposizioni della Carta (concernenti, come si è visto, materie di sicura competenza comunitaria), tali norme potrebbero ritenersi produttive di un obbligo di attuazione nei confronti degli Stati membri[1263], non diversamente da quanto accade per le direttive[1264]. La mancata o insufficiente realizzazione di tale obbligo da parte dei legislatori nazionali, quindi, potrebbe ritenersi costituire una violazione del diritto comunitario idonea a fondare, sulla scorta di una robusta giurisprudenza della Corte di Giustizia[1265], un obbligo risarcitorio dello Stato nei confronti del soggetto danneggiato[1266].

[1263] Tale prospettazione presenta un indubbio collegamento con il tema, mai sopito nel dibattito giuspubblicistico, relativo alla «responsabilità del legislatore», su cui v. R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

[1264] Anche a tale ipotesi, infatti, si attagliano le rigorose considerazioni di G. Tesauro, *Diritto comunitario*, III ed., Milano, 2003, 342: «Che l'attività legislativa sia la massima espressione della sovranità è un dato incontestato e incontestabile. Ma è precisamente nell'esercizio dei poteri sovrani che gli Stati possono procedere e di fatto hanno proceduto a limitare la propria libertà – anche rispetto all'esercizio dell'attività legislativa – attribuendo determinate competenze normative alle istituzioni comunitarie […]. In tale contesto, il legislatore può non essere più titolare di un potere discrezionale assoluto, ma avere, nelle materie ed entro i limiti da esso stesso determinati, obblighi più o meno precisi di legiferare in un modo piuttosto che in un altro. Ebbene, quando questi vincoli non vengono rispettati o vengono in qualche modo compromessi rispetto a quanto prescritto dalla normativa comunitaria, in quanto il legislatore nazionale non osserva un obbligo imposto allo scopo di realizzare diritti in capo ai singoli e dunque impedendo che quei diritti vengano ad esistenza, non c'è ragione di negare il diritto dei singoli ad agire per il risarcimento del danno subito».

[1265] A partire dalla notissima Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e altri c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1991, I-5358 ss.: «Va constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro» (punto 33); «La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora […] la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario» (punto 34).

[1266] Tenendo presente, naturalmente, i problemi che si porrebbero ai fini dell'individuazione, nella fattispecie concreta, della sussistenza delle tre condizioni individuate dalla Corte di Giustizia per il sorgere della responsabilità risarcitoria. Per dare attuazione concreta al principio di responsabilità, infatti, è necessario: a) che la norma inattuata implichi l'attribuzione di diritti a favore di singoli; b) che la violazione sia grave e manifesta; c) che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. In proposito, v. G. Arrigo, *Il diritto del lavoro*…, op. cit., vol. I, 73-74, cui *adde*, per gli opportuni chiarimenti anche sull'evoluzione della giurisprudenza, G. Tesauro, *Diritto comunitario*, op. cit., 334-348, spec. 340-345.

Europa dei mercati e promozione dei diritti*

Maria Vittoria Ballestrero

1. – Premesse 412

2. – Europa e "promozione" di diritti: quali diritti? 413

2.1. – I diritti sociali come diritti fondamentali 413

2.2. – Lo spazio dei diritti sociali nel TCE 414

3. – Una riflessione sul presente: che valore ha la Carta di Nizza? 416

4. – I diritti sociali nella Carta di Nizza 419

4.1. – Diritti sociali e libertà economiche: quale bilanciamento?Riflettendo sui casi Laval e Viking 421

4.2. – Il bilanciamento sbilanciato 426

5. – Europa dei mercati, Europa dei diritti. Qualche considerazione conclusiva 426

5.1. – Il capostipite dei diritti sociali: il diritto al lavoro. Ovvero le delusioni del presente e l'incertezza del futuro 428

Abstract 432

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 55/2007

1. – Premesse

Il titolo che mi è stato proposto da Mario Napoli è così ampio, che confesso di avere avuto qualche difficoltà a scegliere di cosa parlare, dato che ovviamente non posso parlare di tutto ciò che il titolo evoca: perché non ne avrei il tempo, e soprattutto perché non mi sentirei competente a farlo. Alla fine ho deciso di operare una drastica riduzione del contenuto, limitandomi ad alcune riflessione sulle questioni che maggiormente interessano gli studiosi del diritto del lavoro.

Ancora a titolo di premessa o di *excusatio non petita*, preciso subito che ignoro gran parte della sconfinata letteratura (opera degli studiosi del diritto costituzionale e del diritto comunitario, ma anche i giuslavoristi hanno fatto la loro parte) dedicata al Trattato Costituzionale dell'Unione Europea (TC) e alla sua parte seconda (nella quale è confluita, ma con modifiche significative la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta più brevemente Carta di Nizza). Le mie letture sono modeste come la mia cultura in materia. Per questo, quando parlerò di diritti parlerò essenzialmente di diritti sociali, e quando parlerò di mercati non mi inoltrerò nella problematica del diritto comunitario della concorrenza, limitandomi ad alcune considerazioni sulla tensione (attuale e potenziale) tra la cosiddetta costituzione economica e il riconoscimento dei diritti sociali.

Sempre a titolo di premessa: nella relazione citerò le disposizioni secondo la loro collocazione e numerazione nel diritto europeo vigente, per la ragione che la sorte del TC è ancora incerta: il fatto che sia stato ratificato (dall'Italia in particolare), ma bocciato da altri, non lo rende ancora diritto vigente. A quanto pare di capire, peraltro, pare sempre più probabile che sia sostituito da qualcos'altro: un Trattato minimo o addirittura un Atto Unico, che non porta nel titolo l'impegnativo aggettivo "costituzionale".

Parlando di diritti sociali mi riferirò dunque al testo consolidato del TCE e soprattutto al testo originario della Carta di Nizza. Ovviamente non ignoro le modificazioni introdotte in fase di integrazione della Carta nella Parte II del TC, che rischiano di indebolire non poco il significato della Carta medesima: mi riferisco specialmente alla distinzione tra principi e diritti (art. II-112, nn. 3 e 5), e alla derubricazione di alcuni diritti a principi (tra i quali le "spiegazioni" includono i diritti degli anziani, la tutela dei disabili, la tutela dell'ambiente), che produce il risultato di renderli non "giustiziabili", cioè non tutelabili in giudizio, perché non attributivi di diritti soggettivi perfetti[1267]. E non ignoro neppure che ove il TC, pur con qualche inevitabile rimaneggiamento, dovesse conservare più o meno il testo e la struttura attuali, la Parte II conserverebbe (anche a causa delle pressioni degli Stati nuovi entrati) l'attuale impianto, frutto di un compromesso al ribasso ulteriore rispetto a quello originario.

Enuncio infine (come non si usa fare in genere in Italia) lo schema della mia relazione, dicendo che invertirò (rispetto al titolo) i termini del discorso: parlerò prima di Europa e diritti, e poi di diritti e mercati.

[1267] Cfr. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *RGL*, 2006, I, p. 891 ss., che riporta la distinzione tra principi e diritti a quella, a noi più familiare, tra norme programmatiche e norme precettive; A. Lo Faro e A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, 2005, n. 4, p. 514 ss.

2. – Europa e "promozione" di diritti: quali diritti?

Ho detto in premessa che parlerò di diritti sociali: ne parlerò come di diritti fondamentali, e questo richiede che io fornisca qualche chiarimento preliminare. La qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali è stata infatti a lungo controversa, anche se tale qualificazione pare attualmente largamente condivisa[1268]. Ma proprio quella distinzione tra principi e diritti (TC, art. II-112, nn. 3 e 5), cui ho fatto prima riferimento, sembra voler rimettere in discussione questa qualificazione, riportandoci ai tempi in cui era invece largamente diffusa la tesi della "minorità" dei diritti sociali[1269].

2.1. – I diritti sociali come diritti fondamentali

Collegati con il principio di eguaglianza in senso sostanziale, e definiti come "diritti a prestazioni" (o "aspettative positive") [1270], i diritti sociali non hanno quel carattere di universalità che è tipico dei diritti di libertà (negativi) e di quelli politici: sono diritti della persona "concreta e situata in un determinato contesto", nel quale, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, essa viene a trovarsi in condizioni sfavorevoli rispetto a quelle di altre persone o gruppi di persone. I diritti sociali, dunque, non sono diritti di tutti, in quanto "tengono conto" delle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione; istituiscono a favore dei loro titolari l'aspettativa di una prestazione, che può essere realizzata attraverso l'intervento pubblico diretto, o attraverso l'attività dei privati (sempre che ciò ne consenta l'effettiva soddisfazione).

Per quanto attiene alla qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali, condivido l'opinione che risolve il problema dell'inserimento dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali come problema di diritto costituzionale, nel senso che intanto tale inserimento avviene, in quanto questi diritti riposino «su norme giuridiche a loro volta fondamentali». Nel nostro ordinamento interno, il problema è risolto dalla Costituzione italiana, che diversamente da altre costituzioni, non solo contiene un dettagliato catalogo di diritti sociali[1271], ma presuppone una loro giustificazione complessiva, che si collega non solo alla garanzia dei diritti civili e politici, ma soprattutto con «il fine della rimozione degli ostacoli alla libertà e all'eguaglianza per lo sviluppo della democrazia nel campo politico ed economico-sociale»[1272].

Con l'inserimento dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali, i diritti fondamentali divengono "indivisibili", nel senso che tutti i diritti consacrati in costituzione hanno eguale rango: risulta perciò superata la contrapposizione tra diritti di libertà e "diritti a prestazioni", dalla quale tradizionalmente si faceva derivare la priorità assiologica dei primi, e la "minorità" dei secondi. La qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali ha dunque conseguenze significative: un

---

[1268] L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *GCost*., 2001, p. 873 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*[2], Giappichelli, Torino, 2005, p. 401 ss.

[1269] L'osservazione è di A. Lo Faro e A. Andronico, *op. cit.*, p. 526. Di ciò ho scritto più ampiamente altrove (M.V. Ballestrero, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *LD*, 2000, n. 4, p. 547 ss.). Rinvio a questo saggio anche per i riferimenti alla bibliografia meno recente.

[1270] L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 1998, n. 2, p. 3 ss.

[1271] L. Mengoni. *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, n. 1, p. 1 ss.

[1272] R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto,* Giappichelli, Torino, 1996, p. 152.

diritto fondamentale può essere limitato solo da un altro diritto di pari rango e nel bilanciamento prevale (o dovrebbe prevalere) su diritti che non godano dello status di diritti fondamentali.

L'indivisibilità dei diritti fondamentali non impedisce che sia ancora necessario distinguere: per quanto riguarda i diritti sociali, resta infatti necessario distinguere tra quelli *self executing* (tra i quali si ritiene che rientrino i diritti di libertà, anche se l'opinione comune è contestabile)[1273] e quelli "condizionati"[1274], nel senso che il loro soddisfacimento richiede l'intervento dei pubblici poteri; rispetto a questi viene in evidenza la relazione tra risorse finanziarie disponibili e livello di protezione dei diritti: relazione che si risolve nel "bilanciamento" tra le ragioni dei diritti sociali e quelle dell'efficienza economica. Bilanciamento che dovrebbe essere tuttavia ineguale, perché è "ineguale" il rapporto tra le ragioni dei diritti e quelle dell'efficienza economica: le ragioni dell'economia dovrebbero allora essere prese in considerazioni solo nei limiti della proporzionalità[1275]. Ne riparlerò nella parte finale di questa relazione, quando affronterò il problema del rapporto (e della tensione) tra diritti e sociali e mercato.

2.2. – Lo spazio dei diritti sociali nel TCE

Qualificati i diritti sociali come diritti fondamentali, dobbiamo ora chiederci quale sia lo spazio loro riservato dal diritto europeo.

Partiamo intanto da una constatazione. Occorre ricordare che per merito della Corte di giustizia europea (CGE), i diritti fondamentali erano già entrati a far parte del diritto comunitario. A partire dalle sentenze *Stauder* (C-29/69, 12 novembre 1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, 17 dicembre 1970), e poi attraverso sentenze successive, come *Nold* (C-4/ 73, 14 maggio 1974), *Rutili* (C-36/75, 28 ottobre 1975), *Washauf* (C-5/88, 13 luglio 1989), la Corte ha infatti affermato che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte medesima garantisce l'osservanza, tenuto conto delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché degli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno collaborato o aderito[1276]. Solo dopo che la strada era stata aperta dalla Corte, le istituzioni comunitarie si sono decise ad imboccarla: con il Trattato di Maastricht, e ancor più con il Trattato di Amsterdam, i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, nonché dalle tradizioni comuni degli Stati membri, sono divenuti parte integrante del diritto primario dell'UE (TUE, art. 6, n. 2), sono considerati principi generali del diritto comunitario.

[1273] Cfr. E. Diciotti, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *QCost*., 2004, p. 733 ss., sull'infondatezza della distinzione tra diritti di libertà e sociali basata sul carattere negativo o positivo della pretesa, sull'universalità o singolarità, sulla compatibilità o sul conflitto con il mercato assolutamente libero.

[1274] A. Baldassarre, voce *Diritti sociali, Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia, Roma, 1998.

[1275] M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *DeD*, 1995, p. 545 ss.; Id., *Diritti sociali e costituzione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (2000), *Annuario 1999. La Costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Cedam. Padova, 2000, p. 507 ss.

[1276] Ricorda giustamente M. Pallini, *Il Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?,* Ediesse, Roma, 2006, p. 117 ss., qui 120, che la CGE è stata indotta a «importare nell'ordinamento comunitario dei valori sociali con i quali poter operare il bilanciamento dei principi a tutela di un mercato aperto e libero-concorrenziale» dalla c.d. dottrina *Solange* (o teoria dei contro-limiti) che avrebbe potuto provocare un'ingovernabile conflittualità tra diritti costituzionali nazionali e principi comunitari di tutela del mercato integrato.

La salvaguardia dei diritti fondamentali è affidata al controllo della CGE sempre che, ovviamente, la questione investa gli atti comunitari o quelli nazionali emanati in attuazione del diritto comunitario, nonché le giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura altrimenti incompatibile con i diritti sanciti dalla CEDU. In ragione delle sue competenze, la CGE ha sin qui affrontato le questioni che coinvolgono i diritti fondamentali dal punto di vista strettamente economico: così «l'aborto è approdato davanti alla Corte di Lussemburgo in quanto oggetto di attività coperta dalla libertà di circolazione dei servizi; il problema della prostituzione si è presentato come una vicenda attinente alla prestazione di lavoro autonomo»[1277].

Se i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali sono entrati, attraverso la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni, a far parte del diritto europeo, possiamo dire che anche i diritti sociali vi siano senz'altro entrati?

La risposta non è affatto sicura. In materia di diritti sociali il TCE è assai più timido e incerto di quanto non lo sia in materia di diritti inviolabili dell'uomo. Per questo, a fronte del richiamo alle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa contenuto nel preambolo del TUE[1278], nonché della cauta e vaga formulazione del n. 1 dell'art. 136 del TCE[1279], pare eccessivo parlare, come talora si è fatto, di "incorporazione" delle Carte sociali, deducendone la diretta efficacia e la "valenza prescrittiva". Come ha giustamente precisato l'Avvocato generale Mengozzi (punti 63-78 delle conclusioni sul caso *Laval*, C-341/05), sebbene l'art. 6, n. 2, TUE, indichi tra gli strumenti internazionali che garantiscono i diritti fondamentali la sola CEDU, la CGE può «legittimamente ispirarsi ad altri strumenti di tutela dei diritti dell'uomo», come la Carta sociale europea e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: ispirarsi, appunto, che è cosa evidentemente diversa dal dare applicazione diretta.

Il riferimento alle Carte sociali si colloca peraltro non in un capitolo dedicato ai diritti, ma nel titolo dedicato alle politiche (la politica sociale, nella specie). Per quanto si sia allargata, la politica sociale comunitaria non muta la sua natura complementare, che lascia intatto il primato degli Stati, limitando al minimo il ruolo della Comunità, che interviene per completare l'azione degli Stati membri, adottando a tal fine «mediante direttive» (che nei settori di primaria importanza debbono essere adottate all'unanimità) «le prescrizioni minime applicabili progressivamente» (c.d. *minimalismo regolativo*).

I diritti sociali debbono dunque essere "tenuti presenti" dalla Comunità e dagli Stati, ma non costituiscono un limite assoluto e neppure una finalità prioritaria dell'azione della Comunità e degli Stati: infatti, mentre la considerazione dei diritti si combina con l'esigenza di tener conto, oltre che delle diverse prassi nazionali, della necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità, dalla competenza normativa della Comunità sono esclusi proprio i principali e più tradizionali diritti sociali: il diritto ad una equa retribuzione, il diritto di associazione sindacale, il

---

[1277] M. Cartabia e A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *GCost*., 2002, p. 4477 ss.

[1278] Il richiamo alle due Carte è formulato in termini di «attaccamento ai diritti sociali in esse sanciti».

[1279] «La Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti dalla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (…)».

diritto di sciopero. La portata di queste esclusioni è venuta in discussione di recente, con i noti casi, ancora in attesa della decisione della CGE, *Laval* e *Viking*: ma di ciò parlerò oltre.

La timidezza del TCE non vuol dire che il Trattato (tra Amsterdam e Nizza) non abbia modificato il quadro precedente: le innovazioni ci sono e sono di non poco conto[1280]. Prima fra tutte, la qualificazione, nel testo dei Trattati, dei diritti sociali come diritti fondamentali, che dovrebbe – si è detto – essere già in sé sufficiente ad orientare l'interpretazione della Corte di giustizia, nel senso che la loro priorità possa fare da contrappeso alla realizzazione degli obiettivi, spesso contraddittori e sempre di difficile conciliazione, della competitività delle imprese e della libera concorrenza (la sentenza *BECTU*, su cui tornerò oltre, costituisce un buon esempio di bilanciamento a favore dei diritti sociali: il diritto alle ferie, nella specie).

Dovrebbe essere sufficiente, appunto, ma non è detto che lo sia. Il mero richiamo ai diritti sociali fondamentali non basta a risolvere i problemi della "visibilità" dei diritti e della certezza del diritto, la cui soluzione era stata ravvisata dal Consiglio europeo di Colonia (1999) nella redazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata a Nizza nel dicembre del 2000.

Il passaggio dall'incorporazione della CEDU ad una Carta propria dell'Unione, avente ancora ad oggetto i diritti fondamentali (ma contenuti arricchiti dalla presenza dei "nuovi diritti"), poteva essere un passaggio, che, enfatizzando, potremmo dire "epocale". E, invece, la situazione di stallo in cui versa la ratifica del TC ci lascia fermi, per così dire, ai blocchi di partenza: intendo dire che non abbiamo fatto dei gran passi in avanti rispetto alle riflessioni che si facevano ai tempi in cui l'interrogativo sul futuro della Carta di Nizza era ancora incerto. Pareva fino ad oggi certo almeno che non si sarebbero più posti gli interrogativi sull'inserimento nel TC della Carta (dunque sulla "costituzionalizzazione" dei diritti e dei principi in essa sanciti): pare però che anche questo entri nuovamente nella discussione che di qui al 2009 dovrà portare a compimento la definizione dei nuovi assetti dell'UE. Restano perciò aperti insieme agli interrogativi sulla sorte del Trattato anche quelli relativi alla sorte della Carta dei diritti fondamentali.

Insomma, il processo di "costituzionalizzazione" dei contenuti della Carta di Nizza non si è concluso positivamente, e dunque per parlare di diritti sociali occorre parlare ancora della Carta nel testo e nello status giuridico originari.

3. – Una riflessione sul presente: che valore ha la Carta di Nizza?

Parlare della Carta di Nizza significa anzitutto chiedersi (la domanda mi è ancora una volta suggerita dal titolo della relazione) se l'Europa si limiti a "promuovere" i diritti, o se li garantisca con proprie norme inderogabili[1281].

La domanda non è banale, perché la risposta investe in sostanza il ruolo che il diritto europeo è in grado di svolgere nel prossimo futuro rispetto al diritto degli Stati membri. Tema questo complesso, del quale si può discorrere limitandosi a ragionare sul presente, vale a dire sul sistema

---

[1280] Cfr. le attente riflessioni di B. Veneziani, *La costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?,* cit., p. 9 ss.; cfr. anche S. Sciarra S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in Garofalo D. e Ricci M. (editors), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 41 ss.

[1281] Cfr. ancora S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 1, p. 39.

delle fonti per come oggi ci si presenta, o invece guardando ad un ipotizzabile futuro, nel quale siano finalmente sciolti i grossi nodi che oggi avviluppano il sistema delle fonti del diritto europeo.

Conviene intanto ragionare sul presente. Ho detto in premessa che la mia troppo modesta cultura non mi consente di volare alto, e neppure di presentare nuove ed originali interpretazioni. Mi limiterò dunque a proporre alcune considerazioni, tratte da alcune letture che mi sono parse stimolanti.

Rilevava Alessandro Pace, giusto a ridosso della proclamazione solenne della Carta di Nizza[1282], che la Carta somiglia ad una sorta di testo unico, a mezza strada tra il compilativo e l'innovativo, posto che in essa, come è noto, sono stati fatti confluire la CEDU, la Carta comunitaria dei diritti sociali del 1989, varie direttive comunitarie, nonché i principi espressi dalla CGE. Tuttavia, notava l'illustre costituzionalista, la Carta, se anche avesse un mero valore ricognitivo di diritti preesistenti attribuirebbe ad essi un *plusvalore*: quello di inserirli in un *Bill of rights*, che se non può essere considerato una "costituzione" (perché è un documento a sé stante, che prescinde dall'organizzazione dei poteri) non per questo non è in grado di influenzare le dinamiche europee, svolgendo una funzione "sostanzialmente costituzionale", nel senso che la visibilità dei diritti fondamentali prodotta dalla Carta agevola il controllo sociale della eventuale violazione dell'art. 6, n. 1, TUE.

Come dirò oltre, questa previsione ha colto solo in parte nel segno. Ma prima è necessario dedicare una (breve) ulteriore riflessione al significato del *Bill of rights* nel contesto del diritto europeo.

Per quanto la Carta di Nizza possa apparire "povera" al lettore italiano, che ha familiarità con le ben più ricche formulazioni della nostra Costituzione, occorre ricordare che per l'UE la presenza di un catalogo dei diritti fondamentali, fosse anche striminzito (e nella specie non lo è), costituisce in sé un'innovazione.

Questa affermazione merita però di essere precisata. Se il diritto dell'UE già riconosce i diritti fondamentali, si può parlare (con Pace) di un *plusvalore* aggiunto dalla Carta dei diritti? La risposta dipende dal livello del discorso: come ho detto all'inizio, se formale e sul presente, o sostanziale e sul futuro (o almeno a prescindere dal presente).

Dal punto di vista formale, stante che la Carta è sì inserita nel Trattato, ma quel Trattato non è entrato e forse non entrerà mai in vigore almeno nell'attuale versione, e che dunque le ipotesi basate sulla "costituzionalizzazione" della Carta per ora restano ipotesi, la risposta è negativa.

A suo tempo la Commissione (COM (2000) 644 definitivo) aveva espresso il parere che la Carta fosse comunque destinata a diventare «un testo vincolante, attraverso l'interpretazione che la Corte darà dei principi generali del diritto comunitario ivi formulati», così come ha fatto in passato con altri testi relativi ai diritti fondamentali. Ma non poteva essere così, e così non è stato.

Non poteva essere così: infatti, perché i diritti fondamentali siano configurabili come "pretese" (negative, cioè ad una omissione) o positive (ad una prestazione), che ogni persona possa vantare nei suoi rapporti con le istituzioni dell'Unione, con quelle dello Stato, e con altri soggetti privati, occorre che i diritti trovino riconoscimento in norme di diritto positivo. In linea di principio, e

---

[1282] A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *GCost.*, 2001, p. 193 ss.

dando anche per scontata la peculiarità del sistema delle fonti dell'ordinamento europeo, una solenne dichiarazione (alla quale si attribuisce la natura di "atto politico" magari ad alto contenuto simbolico) non costituisce "fonte del diritto", e non è perciò assimilabile al diritto costituzionale e al diritto internazionale comune degli Stati membri, ai quali si può, con qualche artificio, attribuire la natura di fonte del diritto europeo, mediata dalla riscrittura unificante operata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Certo, i diritti sanciti dalla Carta, ove siano definibili come "diritti costituzionali comuni", possono entrare per questa via a far parte del diritto (positivo) europeo, anche in mancanza della formale integrazione della Carta nei Trattati. Ma resta ancora da vedere quali diritti siano definibili come diritti costituzionali comuni, posto che, in mancanza di una fonte normativa vincolante che li garantisca, la loro individuazione resta affidata alla sensibilità della CGE: anche se pare probabile che ciò avvenga, non è ancora detto, ad esempio, che la Corte riconosca il diritto di sciopero come "diritto fondamentale" dell'UE, in virtù appunto delle tradizioni costituzionali comuni.

Dicevo che così non poteva essere, e così non è stato, per un'altra fondamentale ragione: perché, diversamente dalla nostra Corte costituzionale[1283], da altre Corti costituzionali, dallo stesso Tribunale europeo di prima istanza, e malgrado i ripetuti richiami degli Avvocati Generali[1284], la CGE ha sin qui evitato di fare diretto riferimento alla Carta[1285]. Il che, come dirò oltre, non significa che la Corte non abbia dato tutela ai diritti sociali (se è di questa parte della Carta che parliamo); significa che, come in passato, questa tutela è stata perlopiù mediata dalla salvaguardia delle libertà economiche e dai divieti di discriminazione che in queste libertà affondano le proprie radici.

Ma se la CGCE sembra voler ignorare la Carta di Nizza, perché formalmente non è una "fonte", la Carta è allora un *Bill of rights* privo di valore?

Considerando il possibile diffondersi dell'utilizzazione diretta della Carta di Nizza da parte dei giudici nazionali, si potrebbe rispondere senz'altro di no. In proposito tengo però a precisare che condivido la preoccupazione espressa da alcuni costituzionalisti sull'uso *à la carte* dei diritti fondamentali, vale a dire sulla tentazione, già manifestatasi tra i giudici italiani relativamente alla CEDU, di fare applicazione diretta della Carta di Nizza, disapplicando il diritto interno che valutino difforme o in contrasto[1286]. È una tentazione che l'auto-emarginazione della Corte costituzionale rischia di rendere non contenibile[1287]: la Corte ha infatti portato avanti un'opera di dissuasione

---

[1283] Cfr. M. Cartabia e A. Celotto, *op. cit.*, p. 4483 ss. (con riferimento alle sentenze Corte cost., n. 135 e 445 del 2002

[1284] Così ancora l'Avvocato generale Mengozzi (conclusioni sul caso *Laval,* punto 68).

[1285] Cfr. R. Greco *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *RGL*, 2006, I, p. 519. Secondo alcuni commentatori, nell'atteggiamento della CGE si è verificato un cambiamento, attestato dalla sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di ricongiungimento familiare (su cui cfr. G. Bronzini e V. Picone, *La Corte di Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali*?, in *RCDL*, 2006), nonché dalla sentenza *Unibet* (13 marzo 2007, C-432/05), nelle quali la Corte ha fatto espresso riferimento alla Carta. A mio avviso, il riferimento è però ancora troppo limitato e il cambiamento (se di questo effettivamente si tratta) è troppo recente per trarne conseguenze al livello della teoria delle fonti del diritto europeo.

[1286] In tal modo i giudici formulerebbero, senza l'intervento della Corte costituzionale, un giudizio *sulla* legge, anziché giudicare, come compete loro, *in base* alla legge: così M. Cartabia e A. Celotto, *op. cit.*, p. 4489 ss.

[1287] Sull'auto-emarginazione della nostra Corte costituzionale (che ai fini dell'applicazione dell'art. 234 TCE esclude di poter essere qualificata come "giurisdizione nazionale"), cfr. le riflessioni critiche di V. Onida, *«Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Q. Cost.*, 2002, p. 549 ss.; l'orientamento della Corte è criticato anche da A. Pizzorusso, *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, Relazione,

dei giudici ordinari, «sempre più esplicitamente invitati a non presentare in termini di questioni di legittimità costituzionale casi che possono essere risolti sul piano della legittimità comunitaria, secondo i rimedi propri dell'ordinamento comunitario» (nei casi di incertezza interpretativa, mediante rinvio pregiudiziale alla CGE)[1288]. Senza addentrarmi qui nella discussione sulla correttezza della tesi con cui la Corte costituzionale si è sottratta all'applicazione dell'art. 234 TCE[1289], mi limito ad osservare che l'intervento della Corte costituzionale sarebbe non solo "tecnicamente" necessario, ma "politicamente" utile per instaurare un dialogo tra Corti, che evitasse di subire il bilanciamento effettuato dalla CGE in materie nelle quali gli equilibri la nostra Corte opera il bilanciamento secondo gli equilibri interni al nostro sistema costituzionale[1290]: equilibri che non sono gli stessi, essendo il diritto comunitario fortemente sbilanciato sul piano della tutela del mercato e delle libertà economiche.

Attribuiscono valore alla Carta di Nizza tutti coloro che, prescindendo dalla considerazione dei limiti tecnici in cui ci costringe lo stato attuale delle fonti del diritto europeo, vedono comunque nella Carta uno strumento indispensabile: anzitutto per riequilibrare il modello sociale europeo, vale a dire per correggere lo sbilanciamento che attualmente privilegia il mercato a danno dei diritti sociali; in secondo, ma non secondario luogo, per restituire al *hard law* il ruolo di indispensabile contraltare del *soft law*, o almeno per costruire un rapporto di virtuosa complementarietà tra la politica dei diritti e il *soft law* (l'*open method of coordination*, e non solo).

Condivido questa diffusa opinione: ma le questioni sollevate di recente dai casi che coinvolgono il diritto di sciopero e di azione collettiva inducono a considerare con attenzione i limiti intrinseci della Carta, per evitare di cadere dal pessimismo cui ci induce la riflessione sul presente agli eccessi di ottimismo sull'Europa dei valori, da cui siamo stati sommersi nei giorni delle celebrazioni del cinquantenario del Trattato di Roma.

4. – I diritti sociali nella Carta di Nizza

Il contenuto della Carta è largamente noto, e non mi pare perciò il caso di riepilogarlo in questa sede. Al di là del catalogo dei diritti (che, nella sua stringatezza, elimina le preoccupazioni espresse da alcuni sui rischi di una «ipertrofica costituzionalizzazione» dei diritti sociali)[1291], la più importante innovazione è costituita dall'implicito riconoscimento dell'indivisibilità dei diritti della persona: la Carta infatti non distingue tra diritti civili e politici da un lato e diritti sociali dall'altro, ma raggruppa i diritti in Capi, retti ciascuno da un principio fondamentale (la dignità della persona umana; la libertà; l'uguaglianza; la solidarietà; la cittadinanza; la giustizia). Essendo "fondamentale" il principio che regge i diritti sanciti nel relativo capo, la qualità di "fondamentale" si trasmette dal principio ai diritti. Per questa via, oltre a superare la "divisione", e con essa la gerarchia

---

Associazione italiana Costituzionalisti, Convegno annuale 2006, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*. Le ragioni della Corte sono invece condivise da F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: problemi e prospettive*, in *Quaderni regionali*, 2006, n. 3, p. 625 ss.

[1288] M. Cartabia e A. Celotto, *op. cit*., p. 4502

[1289] Cfr. ancora A. Pizzorusso, *La giustizia costituzionale italiana*, cit., e ivi il commento giustamente critico dei due casi in cui i giudici italiani hanno fatto applicazione della teoria dei contro-limiti, trascurando che tale teoria è stata concepita con riferimento all'opera della Corte costituzionale e non a quella di altri giudici. I casi sono quello delle farmacie comunali deciso dal Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4207/2005, e quello relativo alla responsabilità dei magistrati che ha dato luogo, mediante il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova, alla decisione della CGE, 13 giugno 1006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

[1290] F. Sorrentino, *op. cit*., p. 638.

[1291] T. Treu, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 2000, n. 3, p. 429 ss.

tra generazioni di diritti, la Carta supera anche quella riduzione dei diritti fondamentali ai soli diritti universalistici ed eguali, ancora sostenuta da quanti escludono i diritti sociali, che universali (nel senso dei primi) non sono, dal novero dei diritti fondamentali. Tra i diritti fondamentali sanciti dalla Carta vi sono infatti, oltre ai diritti di libertà, dignità ed eguaglianza (diritti della persona senza distinzione di sesso e di cittadinanza), i diritti della persona "situata", vale a dire i diritti riservati a gruppi specifici della popolazione (i minori, i lavoratori, i disabili, le madri), nonché i diritti propri dei soli cittadini dell'Unione. Ai fini delle considerazioni che svolgerò oltre mi limito a ricordare che nel testo finale sono state recuperate due delle tre grandi esclusioni dal campo di intervento della Comunità (art. 137, n. 5, TCE), e cioè il diritto di associazione collettiva e il diritto di sciopero; a questi diritti la Carta aggiunge il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi[1292].

Se la stringatezza della Carta evita, come ho detto, i rischi di una ipertrofica costituzionalizzazione dei diritti sociali, essa è anche frutto della povertà dei contenuti, inevitabile forse, ma certamente voluta: ogni formulazione esprime infatti quel "compromesso dei compromessi costituzionali", buono a formare un "minimo comune denominatore", accettabile dagli Stati membri, perché basato sulle loro comuni tradizioni costituzionali e sui loro comuni obblighi internazionali.

La Carta riconosce dunque i diritti sociali. Ma entro che limiti?

I limiti sono di due ordini diversi ma interconnessi, e messi insieme ridimensionano la portata complessiva di questo *Bill of rights*, o quanto meno inducono a ritenere che la qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali sia affievolita dal trattamento loro riservato.

Il primo limite è riconducibile alla formulazione dell'art. 51, che definisce l'applicazione delle disposizioni della Carta entro l'ambito delle istituzioni dell'UE nel rispetto del principio di sussidiarietà, e, per quanto attiene agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'UE. Lo stesso art. 51 (n. 2) aggiunge che la Carta non introduce nuove competenze o nuovi compiti né per l'UE, né per la CE, rispetto a quelli definiti dai Trattati. Con questa sorta di "reintegrazione" della Carta nei Trattati esistenti, si è giustamente osservato, «i diritti si vedono condizionati dal contenuto dei trattati e non viceversa, ricordandoci così la prevalenza nell'ordinamento comunitario dell'integrazione economica»[1293].

Il secondo limite attiene alla tutela accordata ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta europea, che sono inderogabili solo nel loro "contenuto essenziale": a norma dell'art. 52 (n. 1), infatti, «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

La formula non è di facile interpretazione: la domanda che ci si può porre è se, ad esempio, un diritto sociale fondamentale, al quale il diritto interno di uno Stato membro riconosca un valore prioritario, possa subire limitazioni quando entri in conflitto con una delle libertà economiche garantite dal TCE e se la limitazione del diritto sociale possa essere giustificata, nell'ordinamento comunitario, dalla «necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità». La domanda non è solo legittima, ma ha anche una ha una particolare urgenza: come dimostrano i

---

[1292] Cfr. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit.

[1293] G. Maestro Buelga, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *RSS*, 2006, p. 89 ss.

recenti casi nei quali si discute proprio della possibilità di limitare il diritto di sciopero (o, più in generale, di azione collettiva) per salvaguardare la libertà di prestazione di servizi.

4.1. – Diritti sociali e libertà economiche: quale bilanciamento? Riflettendo sui casi Laval e Viking

Per rispondere alla domanda su quali limitazioni possano subire i diritti sociali fondamentali vale la pena di riflettere brevemente su due casi che stanno suscitando enorme interesse per l'importanza delle questioni che propongono: mi riferisco ai casi *Laval* e *Viking* ancora in attesa delle decisioni della CGE, sui quali hanno presentato recentemente le loro conclusioni gli Avvocati generali Mengozzi (caso *Laval*) e Maduro (caso *Viking*).

Brevemente riassumendo, la questione che si pone nel caso *Laval* attiene all'esercizio della libera prestazione di servizi, e alla limitazione di tale libertà prodotta dall'azione collettiva della sezione sindacale (interruzione del lavoro nel cantiere), sostenuta dalla solidarietà del sindacato di categoria, per indurre l'impresa lettone Laval, che aveva distaccato alcuni propri dipendenti nel cantiere edile svedese Vaxholm, a sottoscrivere il contratto collettivo applicato ai dipendenti della impresa svedese (o a sottoscrivere un accordo di collegamento a quel contratto). Mediante l'azione collettiva, i sindacati si proponevano di raggiungere l'obiettivo di garantire ai lavoratori lettoni (distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale) le condizioni di lavoro e di occupazione assicurate nell'impresa svedese dal contratto collettivo, come previsto dalla Direttiva 96/71 CE[1294]. L'avvio dell'azione collettiva aveva avuto l'effetto di indurre la Laval a rinunciare all'esecuzione del contratto stipulato con il cantiere Vaxholm e, di conseguenza, al distacco dei lavoratori lettoni nel cantiere.

Nel caso *Viking* è la libertà di stabilimento ad entrare in discussione. L'impresa (la Viking Line, operatore finlandese di traghetti sulla rotta tra la Finlandia e l'Estonia) aveva tentato di cambiare bandiera immatricolando l'imbarcazione *Rosella* in Estonia, allo scopo di concludere un contratto collettivo col sindacato estone, traendo così vantaggio competitivo dalla possibilità di applicare retribuzioni inferiori rispetto a quelle derivanti dal contratto collettivo finlandese. L'azione di boicottaggio promossa dal sindacato finlandese (unitamente alla Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, con sede in Gran Bretagna, cui aderisce) aveva bloccato l'iniziativa della Viking Line, la quale, temendo che un nuovo tentativo di cambiare bandiera avrebbe innescato una nuova azione di boicottaggio, ha dato avvio all'azione giudiziaria contro la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti da cui sono nate le questioni pregiudiziali (proposte dalla Court of Appeal inglese alla CGE).

Le questioni proposte dai due casi sono molteplici, ma in questa sede mi limito all'interrogativo di maggiore importanza al quale la Corte è chiamata a rispondere: e cioè se sia legittima, ed eventualmente in quali limiti, un'azione collettiva (sciopero, o boicottaggio, o altra azione sindacale) diretta a limitare la libertà di circolazione di un'impresa privata (libera prestazione di servizi nel caso *Laval*, libertà di stabilimento nel caso *Viking*).

[1294] Nel caso, una questione preliminare attiene alla corretta trasposizione della Direttiva 96/71 nel diritto svedese: la direttiva inserisce il contratto collettivo dotato di efficacia generale tra le fonti di disciplina delle condizioni economiche e normative da applicare ai lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, ma nell'ordinamento svedese il contratto collettivo non ha efficacia generale, ed è invece affidato all'azione collettiva il compito di assicurarne di fatto l'applicazione. L'Avv. gen. Mengozzi (punti 164 ss. delle conclusioni) ritiene che il «diritto di ricorrere all'azione collettiva riconosciuto dal diritto svedese alle organizzazioni sindacali dei lavoratori, il quale consente loro di imporre le condizioni salariali previste o disciplinate dai contratti collettivi svedesi, è idoneo a conseguire l'obiettivo di tutela di cui all'art. 3 della Direttiva 96/71» (punto 187).

Tre premesse mi paiono indispensabili per riflettere su questo interrogativo.

In primo luogo, la Carta di Nizza (art. 28) riconosce ai lavoratori e ai datori di lavoro «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero».

In secondo luogo, il TCE (art. 137, n. 5) esclude espressamente dall'ambito di azione e dalle competenze normative della CE il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata. A differenza del TCE, che sottrae lo sciopero dalla competenza della CE, la Carta di Nizza include dunque espressamente nel catalogo dei diritti fondamentali da essa garantiti il diritto sciopero.

In terzo, ma fondamentale luogo, occorre ricordare, che mentre le norme comunitarie in materia di concorrenza (artt. 81 e 82 TCE) hanno senz'altro effetto orizzontale diretto, tale effetto non è riconosciuto alle norme sulla libera circolazione, cui – tenuto conto della loro formulazione – è riconosciuto invece effetto verticale[1295]. Poiché, in entrambi i casi in discussione, la controversia oppone due soggetti privati (le imprese che invocano l'applicazione di tali norme contro le organizzazioni sindacali che con la loro azione hanno impedito l'esercizio della libera circolazione), l'effetto orizzontale degli art. 49 e 43 TCE, e dunque la possibilità per un soggetto privato di avvalersi della libertà di circolazione per limitare l'autonomia privata altrui, è la prima e preliminare questione da risolvere: ove l'effetto orizzontale fosse escluso, le questioni proposte dai due casi esulerebbero infatti dalla competenza della CGE, trattandosi di questioni di diritto interno (eventuali limiti del diritto di sciopero e di azione collettiva secondo il diritto nazionale) e non di diritto comunitario[1296]. Entrambi gli Avvocati generali, facendo richiamo alla giurisprudenza della CGE (e in particolare alle sentenze *Schimdberger*, *Commissione c. Repubblica Francese*, *Angonese*)[1297], concludono nel senso dell'effetto orizzontale diretto delle norme sulla libera circolazione (artt. 49 e 43 TCE) nei casi in discussione. Come precisa l'Avvocato Maduro (conclusioni, punti 41 ss.), le norme sulla libera circolazione non possono sempre essere fatte valere in un procedimento che oppone due soggetti privati (perché l'ambito applicativo di queste norme «comprende ogni azione o omissione dello Stato che possa impedire o rendere meno interessante l'esercizio dei diritti alla libera circolazione»); esse tuttavia – secondo Maduro – possono applicarsi alle azioni di soggetti privati, quando queste, per i loro effetti generali sui titolari dei diritti di libera

---

[1295] Il Trattato non chiarisce la questione dell'effetto orizzontale degli art. 43 e 49: non chiarisce cioè se tali disposizioni tutelino i diritti dei soggetti attivi sul mercato non solo limitando i poteri delle autorità degli Stati membri, ma anche limitando l'autonomia di altri soggetti. Come ricorda l'Avv. gen. Maduro (punti 36 ss. delle conclusioni sul caso *Viking*), le opinioni della dottrina divergono, ma l'opinione favorevole ad ammettere l'effetto orizzontale delle norme sulla libera circolazione sembra trovare conforto nella giurisprudenza della CGE, laddove la Corte afferma che l'azione di un soggetto privato può pregiudicare gli obiettivi di tali norme, e che i soggetti privati non possono agire senza prendere adeguatamente in considerazione i diritti che derivano ad altri soggetti privati dalle norme sulla libera circolazione.

[1296] Ovviamente, poiché le norme sulla libera circolazione certamente hanno effetto verticale, potrebbe porsi il problema dell'omissione, da parte dello Stato membro, dell'adozione delle misure necessarie a garantire il pieno rispetto della libertà di circolazione sul proprio territorio: e su questo problema potrebbe essere chiamata a decidere la CGE, a seguito di una procedura di infrazione intentata dalla Commissione, ovvero di un rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di una causa che opponesse un soggetto privato alla pubblica amministrazione.

[1297] CGE, 12 giugno 2003, causa C-112-00, *Schmidberger*; 9 dicembre 1997, causa C-265-95, *Commissione c. Repubblica francese*; 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*.

circolazione, «sono in grado di ostacolare l'esercizio di tali diritti, creando un ostacolo che essi non possono facilmente aggirare» (conclusioni, punto 48).

L'effetto orizzontale diretto delle norme sulla libera circolazione spalanca la porta del diritto comunitario al conflitto tra diritto di sciopero e di azione collettiva e diritti di libera circolazione: di conseguenza, il giudice nazionale non potrà più risolvere il conflitto alla luce del proprio diritto nazionale (dove il diritto di sciopero può subire limiti in ragione della salvaguardia di altri diritti di pari rango costituzionale), ma si troverà a dover applicare il diritto interno in modo coerente con le norme del Trattato sulla libera circolazione, e ove ciò non sia possibile e le norme nazionali contrastino con quelle sulla libera circolazione saranno queste ultime a prevalere[1298]. Il che, trattandosi di sciopero e di diritti sindacali, vale a dire di materie riservate alla competenza normativa degli Stati membri, non è cosa di poco momento, e desta ovvie preoccupazioni (almeno in chi ancora pensa che via sia un indissolubile legame tra diritto di sciopero e principio di eguaglianza in senso sostanziale).

Ma proviamo a ricostruire il percorso argomentativo che porta a questo risultato. D'accordo con gli Avvocati generali Mengozzi e Maduro, diamo per scontato che l'art. 28 della Carta di Nizza riaffermi un diritto sociale riconosciuto dalle tradizioni costituzionali comuni, e ammettiamo quindi che, appunto per la via mediata delle tradizioni costituzionali comuni, si possa affermare che il diritto di ricorrere allo sciopero (o all'azione collettiva) per difendere gli interessi dei lavoratori (o anche soltanto dei membri di un sindacato) costituisca un principio generale del diritto comunitario, tutelato nella Comunità.

L'ingresso del diritto di sciopero (o più in generale del diritto di azione collettiva) nel diritto comunitario non è certo privo di significato politico, ma non è neppure privo di conseguenze giuridiche rilevanti, giacché porta inevitabilmente con sé la rilettura dell'esclusione dello sciopero e dei diritti di negoziazione e di azione collettiva dalla competenza della Comunità (art. 137 TCE). Se è certo che l'esclusione sottrae queste materie al potere normativo della CE, l'ingresso del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario (come principio generale tutelato dalla Comunità) porta con sé la conseguenza che la CGE possa pronunciarsi sulla legittimità di un'azione collettiva quando tale azione, che costituisce appunto esercizio di un diritto tutelato dalla Comunità, entra in conflitto con altro diritto tutelato dal diritto comunitario, di cui gli Stati membri debbono garantire il rispetto nel loro territorio. Avviene così che l'inclusione del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario (che pure costituisce un'affermazione di grande rilievo politico) determini, come immediata conseguenza, la necessità di "bilanciare" un diritto sociale fondamentale con la libertà economica (nella specie con la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento), certo non meno fondamentale nel diritto comunitario: il bilanciamento non mette il diritto di azione collettiva al riparo da valutazioni ispirate dagli equilibri interni all'UE, che assegnano ancora una indiscussa priorità alle ragioni dell'integrazione economica e del mercato libero-concorrenziale.

Affermare la competenza della Comunità in materia di azione collettiva può portare a dire, nel caso *Laval*, che i sindacati svedesi hanno diritto di promuovere un'azione collettiva per ottenere

---

[1298] «Il diritto nazionale, fondato sui valori dell'ordinamento giuridico nazionale, conserva (…) il proprio ruolo nel contesto normativo che disciplina le controversie tra soggetti privati. Allo stesso tempo è garantita l'effettività del diritto comunitario» (Maduro, conclusioni, punto 54).

che l'impresa lettone applichi ai lavoratori distaccati in Svezia le condizioni che il contratto collettivo garantisce ai lavoratori svedesi; nel caso *Viking* può portare a dire (come afferma Maduro, punto 62) che l'azione collettiva costituisce un mezzo legittimo di tutela delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro dei lavoratori. Ma inevitabilmente porta anche a dire che l'azione collettiva è legittima alla luce del diritto comunitario solo se, e nella misura in cui, è necessaria per conseguire un obiettivo di interesse generale (quali sono la tutela dei lavoratori distaccati, e la lotta contro il *dumping* sociale, ovvero la necessità di tutelare le condizioni di lavoro e prevenire i licenziamenti) ed è inoltre proporzionata rispetto al raggiungimento di tale obiettivo.

La prospettiva appare rovesciata rispetto a quella cui ci ha abituato la tradizione costituzionale italiana (e non solo italiana), che accorda priorità ai diritti sociali rispetto alle libertà economiche, e assegna inoltre ai diritti sindacali dei lavoratori la funzione essenziale di strumento di riequilibrio dei poteri tra le forze sociali: cosicché l'esercizio del diritto di sciopero è legittimo fino al punto in cui non pregiudica (nel loro contenuto essenziale) diritti della persona costituzionalmente tutelati. Nel diritto comunitario, viceversa, la libertà economica può legittimamente espandersi fino al limite in cui non intacca il contenuto essenziale del diritto fondamentale di azione collettiva. Non è casuale, allora, che ambedue gli Avvocati generali ripetano in più punti delle loro conclusioni (assai diverse nello stile argomentativo, ma convergenti nella sostanza) che pur essendo il diritto di azione collettiva principio generale del diritto comunitario, l'esercizio di tale diritto debba essere "valutato" alla luce delle norme sulla libera circolazione: cosicché ogni limitazione alle libertà tutelate dagli artt. 43 e 49 deve essere strettamente giustificata da ragioni imperative di interesse generale.

Insomma, la valorizzazione in via interpretativa della Carta di Nizza, mediata dalle tradizioni costituzionali comuni, porta l'indubbio vantaggio di dare luogo ad una modificazione degli equilibri interni al diritto comunitario: le libertà economiche subiscono il bilanciamento con i diritti sociali, con i quali devono necessariamente conciliarsi. Ma il vantaggio derivante dal bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, è controbilanciato dalla circostanza che questo bilanciamento avviene nell'ambito di un sistema normativo che non riconosce la priorità dei diritti sociali fondamentali, e che, al massimo, consente ai diritti sociali di porre limiti (proporzionati e giustificati da ragioni imperative d'interesse generale) alle libertà economiche. Lo "svantaggio" della mancata "costituzionalizzazione" del diritto di azione collettiva (cui si somma la presenza nella Carta di Nizza di un meccanismo di "reintegrazione" del suo contenuto nel diritto del trattati) diviene allora evidente: la riserva di competenza sancita dall'art. 137 TCE non basta ad impedire che la piena legittimità dell'azione collettiva alla luce del diritto interno si trovi ad essere messa in discussione perché l'azione collettiva, come nei caso *Laval* e *Viking*, impatta sulle libertà economiche, e con ciò sull'attuazione del diritto comunitario.

Gli interrogativi posti dai casi sui quali mi sono soffermata sono di grande portata, perché la rilevanza comunitaria del conflitto tra diritti sociali e libertà economiche non riguarda il solo caso delle prestazioni transnazionali di servizi, e non riguarda solo lo sciopero e la contrattazione collettiva. Mentre è ancora discusso e discutibile che le norme sulla libertà di circolazione entrino negli ordinamenti interni con la forza dirompente dell'effetto orizzontale diretto, il diritto comunitario della concorrenza tutela senz'altro, in modo ampio e pervasivo, la libertà dei soggetti privati di accedere ai mercati dei servizi: il conflitto tra mercato libero-concorrenziale e protezione sociale costituisce infatti, e non a caso, uno dei *leit motifs* della giurisprudenza comunitaria di questi ultimi decenni.

Per guardare a cose nostrane, si prenda ad esempio la sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*, nella quale la CGE ha risolto a favore della libera prestazione dei servizi il conflitto tra una misura nazionale di protezione sociale (la tutela dell'occupazione dei lavoratori aeroportuali in caso di successione di appalti conseguente alla liberalizzazione dei servizi di *handling*: d. lgs. n. 18/1999) e il diritto comunitario della concorrenza (nella specie, la Direttiva 96/67 CE sulla liberalizzazione dell'accesso al mercato dei servizi di assistenza negli scali degli aeroporti della Comunità). Facendo applicazione dell'art. 18 della direttiva[1299], che autorizza gli Stati membri ad adottare misure di protezione sociale, il d. lgs. n. 18/1999 aveva previsto (art. 14) che, al fine di mantenere la continuità dei rapporti di lavoro e i livelli di occupazione, in caso di successione nell'appalto di un servizio il personale dipendente dall'appaltatore uscente dovesse essere trasferito, in base ad un accordo sindacale, all'appaltatore subentrante. Le ragioni di una tale misura erano facilmente spiegabili: la liberalizzazione creava problemi di occupazione che, ove non risolti mediante la negoziazione della continuità dei rapporti di lavoro, avrebbero creato problemi sociali rilevanti, oltre ad innescare una conflittualità sindacale, già elevata nel settore, che sarebbe stata di grave ostacolo alla progressiva apertura del mercato dei servizi aeroportuali. Il legislatore aveva dunque cercato di controbilanciare il diritto della concorrenza con una tutela della stabilità dell'occupazione adeguata al proprio modello e alle proprie tradizioni di protezione sociale; ma questo contro-bilanciamento è stato condannato senza appello dalla CGE, che, accogliendo le argomentazioni della Commissione e dell'Avvocato generale Léger, ha respinto la giustificazione del governo italiano (basata, occorre dirlo, su una maldestra interpretazione estensiva della Direttiva 2001/23 CE sul trasferimento d'azienda), considerando la misura – e cioè l'obbligazione imposta alle imprese dall'art. 14 del (d. lgs. 18/99) di farsi carico del personale dell'appaltatore precedente – incompatibile con la Direttiva 96/67 CE: una tale misura di protezione sociale – secondo la CGE – costituisce ostacolo non giustificato alla libera concorrenza, perché mette in condizioni sfavorevoli i nuovi potenziali concorrenti, e compromette perciò l'apertura del mercato.

Trascuro in questa sede le riflessioni sul significato della direttiva sul trasferimento di azienda dalla quale la CGE fa derivare un vincolo negativo per il legislatore nazionale, che non può estendere la nozione di trasferimento di azienda al fine di assicurare maggior protezione sociale ai lavoratori, quando, così facendo, ostacola la libera prestazione di servizi: è una riflessione sull'impatto (e sulle stesse ragioni delle direttive in materia di politica sociale) che esula da questo contesto[1300]. Mi preme invece sottolineare qui che, avendo i giudici di Lussemburgo omesso qualsiasi riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, alla Carta di Nizza e al (pur modesto) riconoscimento del diritto al lavoro in essa contenuto, nessun bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche è stato fatto: come ha scritto l'Avvocato generale Léger nelle conclusioni sul caso, se la Direttiva 96/67 Ce ha la duplice finalità di realizzare il libero accesso al mercato e di introdurre una leale concorrenza sul mercato dei servizi aeroportuali, ogni considerazione di protezione sociale non può che essere complementare: non si tratta di far prevalere la liberalizzazione sulla

---

[1299] L'art. 18 della Direttiva è così formulato: «Senza pregiudizio dell'applicazione della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono prendere le misure necessarie per assicurare la protezione dei diritti dei lavoratori».

[1300] Rinvio a quanto ho scritto in proposito nel saggio *Droits des travailleurs et droit de la concurrence. Le droit italien face au droit communautaire* (Paris, le 26 avril 2007), in corso di pubblicazione.

protezione dei lavoratori nell'interpretazione della direttiva. La direttiva concerne solo la liberalizzazione: priorità della libertà economica, dunque, e priorità *sans phrase*.

4.2. – Il bilanciamento sbilanciato

Torno finalmente alla domanda da cui sono partita prima di queste digressioni, e cioè se il diritto comunitario tolleri limitazioni ai diritti fondamentali dei lavoratori, giustificate dalla necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità.

Se a guidarci nella risposta è il pessimismo della ragione, dobbiamo in primo luogo considerare che la consacrazione dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza è subordinata ad una sussidiarietà (in senso propriamente verticale) che frena l'universalizzazione dei diritti e ne mette in discussione la priorità. In secondo luogo dobbiamo considerare che è consentita la deroga per «finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione», tra le quali fino a prova contraria rientrano le finalità "di mercato", che possono porsi in aperto e diretto conflitto con la salvaguardia di garanzie positive a favore dei lavoratori. Infine non possiamo trascurare l'arretramento, variamente giustificato, ma evidente, che si registra a livello nazionale, non meno che europeo, sul fronte delle garanzie alle quali si è ritenuto in passato di poter affidare la realizzazione dei diritti fondamentali dei lavoratori. La risposta è allora positiva: sì, le limitazioni sono ancora tollerate.

Sostenuti dall'ottimismo della volontà, potremmo tuttavia avanzare una risposta negativa, ragionando sulla cosiddetta "sussidiarietà costituzionale" (o al rialzo) sancita dall'art. 53 della Carta («Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione» dal diritto dell'UE, dal diritto internazionale, dalla CEDU, e «dalle costituzioni degli Stati membri»), che salvaguarda il livello più elevato di protezione garantito dalla Costituzione dello Stato in cui sorge la controversia.

Benché la valorizzazione del significato dell'art. 53 possa parere ispirata da una visione eccessivamente ottimistica dei termini in cui potrebbe essere in futuro impostato il dialogo tra una Carta dei diritti fondamentali che avesse forza giuridica vincolante e le Costituzioni degli Stati membri, resta da dire che la "sussidiarietà costituzionale" può essere lo strumento tecnico al quale affidare, nel diritto interno, la soluzione di casi (come *Laval* e *Viking*) nei quali le Costituzioni degli Stati membri assegnano ad un diritto fondamentale un livello di protezione più elevato di quello garantito dal diritto dell'UE. Per converso vorrei osservare che, se dalle vicende dei prossimi due anni dovesse uscire confermata l'integrazione della Carta come capitolo sui "diritti fondamentali" di un TC, la sussidiarietà (verticale) dovrebbe essere messa da parte, almeno quando fosse in discussione la tutela effettiva dei diritti sanciti, che diverrebbe compito precipuo dell'UE, la quale, integrando la Carta dei diritti nel proprio Trattato istitutivo, avrebbe fatto della Carta il diritto costituzionale proprio dell'Unione. Ma questo non ci metterebbe ancora al riparo dal bilanciamento alla stregua dei valori propri dell'UE e dei suoi equilibri interni, nei quali i paesi "conservatori" del sud dell'Europa stentano talora a riconoscersi e che appaiono messi vieppiù in crisi dall'ingresso di nuovi Stati, portatori di interessi chiaramente in conflitto con i modelli sociali propri dei paesi conservatori.

5. – Europa dei mercati, Europa dei diritti. Qualche considerazione conclusiva

Come ho detto parlando dello stato in cui versa attualmente il sistema delle fonti del diritto europeo, la Carta di Nizza è ancora soltanto un atto politico, e dunque ogni ottimistica

considerazione deve essere per ora messa da parte. Occorre tornare con i piedi per terra.

La terra su cui poggiamo i piedi è rappresentata dalla costruzione giurisprudenziale (ad opera della CGE, intendo) dei diritti fondamentali, che si è aperta la strada attraverso le quattro libertà economiche (libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi), e solo successivamente ha proceduto alla affermazione, anche incisiva, di taluni diritti sociali: dal diritto alle ferie, al diritto al lavoro, al diritto alle prestazioni sociali per sé e per la propria famiglia, alla tutela delle lavoratrici madri ed altri ancora. La Corte, non potendo far leva su solide basi di diritto positivo, ha provveduto a tutelare i diritti sociali in via mediata e indiretta: facendo leva da un lato sulle libertà economiche e dall'altro, e specialmente, sui divieti di discriminazione (che sono nati come presidio delle quattro libertà economiche, ma hanno poi trovato, nell'art. 13 TCE una base giuridica più ampia riconducibile all'art. 6, n. 2, TUE).

La tutela dei diritti sociali a livello comunitario è stata sino ad ora essenzialmente indiretta, perché avanti alla Corte di giustizia ha trovato sino ad ora riconoscimento non il diritto sociale, come diritto ad una prestazione positiva, ma il diritto a non essere discriminati. Ciò non significa che la giurisprudenza della Corte non abbia prodotto un positivo effetto di tutela proprio di taluni diritti sociali: dalla maternità, alla salute, alle prestazioni sanitarie positive, e così via[1301].

Una tutela più diretta dei diritti sociali si legge nella sentenza *BECTU* (26 giugno 200, causa C-173/99), nella quale la Corte ha stabilito che il diritto alle ferie è un diritto di tutti i lavoratori dell'UE, e, operando un bilanciamento tra questo diritto e la libertà di impresa, ha sacrificato la libertà economica a vantaggio del diritto sociale; così anche nella recente sentenza *Mangold* (22 novembre 2005, causa C-144/04, in materia di discriminazione in ragione dell'età), nella quale la CGE ha affermato che il principio di non discriminazione e parità di trattamento in materia di lavoro trova la propria fonte negli strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni, da ciò facendo discendere che il principio di non discriminazione in ragione dell'età è un principio generale del diritto comunitario. L'affermazione ha destato qualche sorpresa[1302], ma anche i commenti molto favorevoli di chi sottolinea le potenzialità espansive del percorso seguito dalla Corte, che fa finalmente discendere dal principio di eguaglianza il divieto di discriminazione, qualificandolo così come principio generale applicabile anche se non tradotto in una norma di diritto derivato, o se tradotto in una norma non applicabile al caso di specie[1303]. L'affermazione di un (inedito per la CGE) principio generale di non discriminazione proietta «la sua ombra lunga sui rapporti di lavoro»[1304], inducendo la Corte ad applicare, nella valutazione della deroga ad un diritto individuale, il criterio di proporzionalità (bilanciamento) tra parità di trattamento e obiettivi legittimi delle politiche dell'occupazione.

Qualche segnale di cambiamento può dunque cogliersi, ma si tratta appunto di segnali. Perché la giurisprudenza della CGE possa davvero fare il salto di qualità, necessario a dare effettiva e diretta

---

[1301] F. Salmoni, *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario alla Stato sociale europeo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, p. 531 ss., qui p. 565.

[1302] Indubbiamente l'affermazione della Corte è strumentale alla soluzione di una questione in cui la fonte comunitaria Direttiva 78/2000 CE, basata sull'art. 13 TCE) non era applicabile: cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 1, p.39 ss.

[1303] O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2006, II, p. 277.

[1304] S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee*, cit., p. 55.

tutela ai diritti sociali, occorre uno statuto giuridico di questi diritti che dia loro pari rilevanza, pari spazio e (almeno) pari dignità rispetto alle libertà economiche: statuto che attualmente il diritto europeo non ha (ancora) saputo mettere in piedi.

Questa (amara) considerazione ci riporta dentro la riflessione sull'Europa dei mercati, o meglio sulla tensione tra costituzione economica e diritti sociali, e sul bilanciamento tra le ragioni dell'economia e quelle dei diritti di cui ho parlato all'inizio, affrontando l'argomento dei diritti sociali, e riflettendo sul conflitto tra libertà economiche e diritto di sciopero proposto dai casi *Laval* e.*Viking*.

Come ho detto in premessa, non mi inoltrerò nei meandri del diritto della concorrenza e neppure mi metterò a descrivere in che cosa consista *l'open method of coordination* (OMC), su cui altri hanno scritto con competenza certo ben maggiore della mia[1305]. Prenderò un esempio e rifletterò su di esso, per mostrare quale sia allo stato, il modello sociale con il quale dobbiamo fare i conti.

5.1. – Il capostipite dei diritti sociali: il diritto al lavoro. Ovvero le delusioni del presente e l'incertezza del futuro

Come è noto, dal vertice di Lussemburgo del 1997 che ne ha deciso l'avvio nel campo della politica dell'occupazione, «l'OMC ha ormai acquisito i caratteri di archetipo della "nuova *governance*" europea», anche se altri meccanismi regolativi (dialogo sociale, comitati di esperti, agenzie) sono al centro della «scena regolativa»[1306]. È certo che l'OMC (al quale rinvia l'art. 125 TCE) restituisce spazio agli Stati membri nel campo della politica sociale: ma non è forse, o non è soltanto, la contrarietà egli Stati all'intervento del *hard law* comunitario nell'ambito della politica sociale a spiegare la capacità di questo meccanismo regolativo di sostituirsi a quello classico, e di attrarre nel suo ambito materie, come l'inclusione sociale e la sanità, riservate sinora alla piena competenza nazionale. L'OMC presenta infatti indubbi vantaggi, quando si tratti di supplire all'inerzia o all'impraticabilità dell'intervento comunitario "classico", spostando alle relazioni intergovernative il coordinamento e l'armonizzazione delle politiche occupazionali (ma sempre più sociali). Ma è anche intrinsecamente debole, per la mancanza di strumenti di *enforcement* (vincoli e sanzioni)[1307].

Come si è giustamente detto[1308], l'OMC «non è che un impegno debole di un equilibrio non ancora raggiunto tra questi livelli (...) e non risolve il bisogno di un intervento centrale nel contesto del deterioramento della protezione sociale statale». Invece «il problema che la dottrina pone come nodo fondamentale della costruzione di un sistema europeo di diritti sociali riguarda il rapporto tra livello europeo e livello statale (...)».

[1305] Cfr. i saggi pubblicati in M. Barbera (editor), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto do coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006; F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *DLM*, 2006, 1, p. 67 ss.

[1306] A. Lo Faro e A. Andronico, *op, cit*., p. 14.

[1307] Sono opinioni di Lo Faro e Andronico, *op. cit*. Sulla politica sociale comunitaria cfr. G. Arrigo, *La politica sociale comunitaria: il quadro evolutivo*, in Garofalo D. e Ricci M. (editors), *Percorsi di diritto del lavoro*, cit., p. 55 ss.

[1308] G. Maestro Buelga, *op. cit*. p. 94.

Per tentare di mettere in luce quanto aggrovigliato sia il nodo di questo rapporto, prendo l'esempio del primo e più classico dei diritti sociali, cioè il diritto al lavoro: mi servirà a confrontare il livello di protezione nel diritto statale (italiano) con l'attuale livello di protezione sovranazionale.

Vero è che la CGE prosegue nel dare tutela indiretta alla stabilità dei lavoratori mediante l'applicazione dei divieti di discriminazione, e talora tutela diretta al diritto a non essere stabilizzati nella precarietà[1309]. Nella giurisprudenza recente in materia di successione dei contratti a tempo determinato (sentenza *Adeneler*) si può leggere (punto 73) che una disposizione nazionale non può «di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi», perché ciò «equivarrebbe a ignorare la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro». Come nota giustamente Daniela Izzi[1310], la Corte riconosce così valore di principio giuridico vincolante alla dichiarazione (contenuta nella Direttiva 1999/70) relativa alla normalità dei contratti di durata indeterminata e all'eccezionalità dei contratti a termine (contenuta nel preambolo dell'accordo quadro recepito nella direttiva), promuovendo a pieno titolo tale dichiarazione nella categoria del *hard law*.

Ma non è meno vero che, fatta eccezione per la limitata tutela che il diritto dei lavoratori alla conservazione del posto può derivare dall'applicazione delle Direttive sui licenziamenti collettivi, sui trasferimenti di azienda e sui contratti a termine, il diritto comunitario con il quale dobbiamo fare i conti è quello che ritroviamo nel capitolo del TCE dedicato all'occupazione, dove la protezione del diritto al lavoro (nel senso di "pretesa al lavoro", o di aspettativa di occupazione) deve essere ricondotta nell'ambito della strategia europea dell'occupazione, dominata appunto dall'OMC.

Peraltro, l'apporto della Carta di Nizza non sarebbe tale da sovvertire il quadro. La Carta ci presenta infatti il diritto al lavoro da un lato (art 15) come libertà di lavorare, dall'altro (art. 30) come tutela in caso di licenziamento ingiustificato. Il silenzio è totale sull'aspettativa di occupazione (e non è un caso, come dirò tra un attimo); quanto alla aspettativa positiva della conservazione del posto, la formulazione dell'art. 30 della Carta è debole, perché rinvia al diritto comunitario oltre che alle legislazioni e prassi nazionali. Allo stato attuale, ammesso e non concesso che la Carta possa avere un'effettiva valenza interpretativa, il rinvio al diritto comunitario "reintegra" questo diritto sociale appunto nel TCE e dunque lo ricolloca nell'art. 125 e ss., e di qui nella Strategia europea per l'occupazione (SEO) e nell'OMC.

Ora l'art. 125 TCE lega lo sviluppo dell'occupazione alla «promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti

---

[1309] Cfr. le recenti sentenze in materia di successione tra contratti a termine CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*; 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardinu c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*; 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*. Sulla discriminazione in materia di licenziamenti è importante la sentenza CGE 9 febbraio 1999, C-167/97, *Seymour-Smith*, su cui cfr. D. Izzi 2007.

[1310] D. Izzi, in *LD*, 2007, n. 2, p.

economici». L'occupazione cede il passo all'occupabilità[1311]: l'obiettivo è quello di far diminuire il tasso di disoccupazione, puntando sull'incremento del tasso di occupazione dei soggetti di più difficile collocazione nel mercato del lavoro. L'occupabilità (insieme all'adattabilità, all'imprenditorialità e alle pari opportunità) costituisce uno dei quattro pilastri della SEO, ed è scritta nell'art. 125 TCE (come strategia coordinata a favore dell'occupazione mediante la promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile, e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici).

Dietro il concetto di *employability* (come bene spiega Marzia Barbera)[1312] stanno due diversi approcci al problema della disoccupazione: l'approccio scandinavo, che riconosce al cittadino un diritto al lavoro che si sostanzia in prestazioni di *welfare* di tipo attivo; l'approccio anglosassone, che è quello di spingere il disoccupato a passare dall'assistenza all'autosufficienza, attraverso la disponibilità a lavorare anche a condizioni meno vantaggiose di quelle di cui godono gli occupati. La SEO costituisce un ibrido, che reca traccia di ambedue questi approcci. Giustamente allora le letture critiche ne sottolineano i due fondamentali difetti: quello di affrontare il problema della disoccupazione dal lato dell'offerta, e non come problema strutturale, che richiede interventi dal lato della domanda[1313]; quello di presupporre un'omogeneità dell'offerta di lavoro, che è smentita dalle profonde diversità che caratterizzano i mercati locali del lavoro. Peraltro, come ha rilevato Giubboni,[1314] negli Stati membri, anche su sollecitazione degli orientamenti europei, si sono registrate «significative convergenze, ad esempio nella direzione di un inasprimento dei doveri (...) di attivazione dei disoccupati, con una forte accentuazione delle componenti di responsabilità individuale nella ricerca dell'occupazione e di costrittività delle misure di sostegno del reddito».

Anche il nostro diritto interno porta visibili tracce di questa "significativa convergenza" (penso a tutta la normativa sui lavoratori svantaggiati messa in piedi dalla cosiddetta legge Biagi). Eppure, nel nostro ordinamento, il diritto al lavoro è sancito dalla Costituzione, dove occupazione non significa occupabilità, e *welfare* non può essere bellamente sostituito con *workfare*.

Non posso sostenere queste affermazioni ripercorrendo in questa sede il lungo dibattito sviluppatosi intorno all'art. 4, comma 1, Cost.[1315] Mi limito a ricordare che questo dibattito ha portato la Corte costituzionale a riconoscere nell'ambito di questa disposizione costituzionale la presenza di una norma immediatamente precettiva (quella che garantisce la libertà di lavorare) e di una norma programmatica (quella che affida al legislatore la realizzazione dell'aspettativa all'occupazione e gli impone la tutela della "aspettativa positiva" alla conservazione del posto di lavoro, vietando i licenziamenti arbitrari). Il diritto sociale al lavoro ha dunque nella nostra Costituzione un significato ampio e complesso, che esprime un bilanciamento ineguale tra le ragioni del lavoro (dall'accesso alla conservazione) e le ragioni economiche dell'impresa.

[1311] Di ciò ho più diffusamente scritto nel saggio M.V. Ballestrero, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in Ballestrero M. V. e Balandi G.G. (editors), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 9 ss.

[1312] M. Barbera, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *DRI*,.2000, 2, p. 161 ss.

[1313] T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 102.

[1314] S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al laoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT. 46/2006.

[1315] Rinvio a quanto di recente ho scritto in proposito nel saggio *Il valore e il costo della stabilità*, in corso di pubblicazione in *LD*, 2007, n. 3.

Il diritto comunitario attuale si occupa non di occupazione ma di occupabilità, dal lato dell'offerta e non della domanda: questo significa che l'occupazione dei lavoratori è essenzialmente affidata alla loro capacità di adattarsi al mercato, e non, viceversa, all'adattamento del mercato, ovvero all'intervento correttivo del mercato, in vista della realizzazione dell'aspettativa di occupazione dei lavoratori. Insomma, il bilanciamento latita, se sono i lavoratori a doversi rendere occupabili, e non le politiche dell'occupazione a dover garantire occupazione, agendo in senso correttivo dal lato della domanda.

Ho volutamente estremizzato: non c'è solo questo nella SEO, e non è questo il solo messaggio che essa veicola. Tuttavia non induce all'ottimismo sulla presenza di messaggi nel senso del rafforzamento dei diritti dei lavoratori la lettura del recente "Libro verde" della Commissione europea[1316], che propone di "modernizzare il diritto del lavoro", combinando una maggiore flessibilità (di cui è enfatizzata la valenza positiva anche per i lavoratori) con standards accettabili di sicurezza. Il "Libro verde" (come già il rapporto della Commissione presieduta da Wim Kok nel 2003) insiste specialmente sulle virtù della flessibilità "in entrata" (ovvero della proliferazione dei contratti atipici), alla quale attribuisce effetti positivi sull'occupazione, sulla mobilità professionale e sulle opportunità dei lavoratori, pur non escludendo che possa avere "alcuni effetti negativi". Ma insiste anche sulla flessibilità in uscita, espressione allusiva, con la quale si intende in sostanza l'alleggerimento dei vincoli derivanti dall'attuale disciplina dei licenziamenti: il "Libro verde" ci ripropone infatti l'affievolimento della protezione contro i licenziamenti dei lavoratori *insiders* (sostituendo tale protezione con la monetizzazione, suscettibile di quantificazione anticipata) come ricetta per la realizzazione di una *flexicurity* di cui possano godere anche gli *outsiders*, cioè quelli che oggi sono esclusi dalla protezione.

Per parte mia, resto convinta che la cosiddetta flessibilità in uscita metta sicuramente in discussione la stabilità (nel suo significato classico di *job security*) dei lavoratori standard, senza determinare l'estensione di un accettabile livello di protezione a quanti ne sono esclusi, perché occupati in lavori discontinui, temporanei, autonomi, o perché inoccupati o disoccupati. A prescindere dalle valutazioni in ordine alla validità scientifica della teoria economica che sta al di sotto delle tesi formulate nel "Libro verde", credo abbia ragione Giubboni[1317] a dire che l'ordinamento comunitario «si mantiene assai lontano dall'idea che, per superare le distanze tra *insiders* e *outsiders*, sia necessario procedere ad uno smantellamento delle tutele di cui godono i primi per ridistribuirle nell'area dei secondi», e che in sostanza il modello europeo di *flexicurity* non è quello della «eguaglianza nell'insicurezza». Ma la situazione di stallo in cui versa la traduzione in *hard law* della Carta di Nizza, e gli stessi limiti intrinseci alla Carta (aggravati peraltro nel testo che attualmente compare nella Parte II del TC), non fanno presagire un'uscita dalle logiche che a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, e con un'accelerazione impressionante nell'ultimo decennio, hanno portato alla crisi dell'idea della «prevalenza della solidarietà sociale sul funzionamento del mercato e del sistema economico»[1318].

Ci sono prospettive serie e concrete per una riaffermazione della priorità del *hard law* nella tutela di un nucleo di diritti sociali fondamentali dei lavoratori e dei cittadini dell'UE? Per ora

---

[1316] Libro verde *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def.

[1317] S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali*, cit.

[1318] Ancora S. Giubboni, *loc. ult. cit*.

francamente non se ne vedono. Ancora una volta non resta che fare affidamento sulla sensibilità della CGCE, che, dentro i limiti stretti di un diritto comunitario sbilanciato nella direzione delle ragioni dell'economia e del mercato, riesce a trovare lo spazio per dare voce ai diritti sociali.

Arrivata alla fine di questa relazione, e per tirare le fila del discorso, vorrei dire che un catalogo di diritti fondamentali, di cui fosse chiara l'assoluta priorità e l'inderogabilità, servirebbe a costruire un argine sicuro contro le derive di un liberismo volgare che stanno mettendo in discussione le conquiste irrinunciabili dello stato sociale, ma anche un argine alla controspinta che proviene da quegli Stati membri il cui sviluppo economico è condizionato da una competitività che vuole ridurre il valore della solidarietà (che perturba la concorrenza, gravandola di costi esterni al mercato), a "solidarietà competitiva": espressione, quest'ultima, con la quale si denota la contraddizione tra diritti sociali e costituzione economica, ovvero la prevalenza del mercato e della concorrenza e la subalternità dei diritti sociali.

Certo, con la costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali, il nuovo millennio potrebbe aprirsi – almeno in Europa – nel segno del recupero dei grandi valori che hanno segnato il progresso sociale nell'ultimo secolo del millennio scorso. Ma è realistica questa prospettiva nell'Europa a 27? I casi *Laval* e *Viking*, ai quali ho dedicato qualche riflessione nei paragrafi precedenti, ci mettono di fronte alla dura realtà di blocchi di interessi contrapposti, la cui conciliazione porta con sé il grave rischio di vedere eroso il contenuto di diritti fondamentali individuali e collettivi dalla necessità di lasciare aperto uno spazio di competizione, nel quale il *dumping* sociale possa giocare il ruolo di strumento indispensabile di crescita economica.

Abstract

In questo saggio l'autore, partendo dalla riflessione sui diritti sociali e sulla loro qualificazione come diritti fondamentali, esamina quale sia lo statuto dei diritti sociali nell'ambito delle fonti del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo alla Carta dei diritti fondamentali, che allo stato conserva l'originaria natura di atto politico, a causa delle vicende che hanno sin qui impedito l'entrata in vigore del Trattato Costituzionale dell'UE, ed essendo le prospettive future alquanto incerte. Due recenti casi (ancora in attesa di decisione da parte della Corte di Giustizia europea) che propongono la questione del conflitto tra un diritto sociale fondamentale (diritto di azione collettiva) e le libertà di circolazione (libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento), offrono all'autore lo spunto per una riflessione sulle conseguenze (in ordine al bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche) che derivano dall'allargamento delle competenze della Corte a giudicare su diritti sociali che, in mancanza di una costituzione dell'UE, entrano a far parte del diritto comunitario per la via mediata delle tradizioni costituzionali comuni. Conclude il saggio una riflessione sul modello sociale europeo, alla luce dell'attuale livello di protezione del diritto al lavoro, considerato il capostipite dei diritti sociali.